

Samvær etter omsorgsovertakelse

Kandidatnummer: 544

Leveringsfrist: 25.4.2013

Antall ord: 17625



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Presentasjon av tema.....	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Videre fremstilling.....	2
2	RETTSKILDER	3
2.1	Nasjonale rettskilder	3
2.2	Internasjonal rett.....	4
2.2.1	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen og EMD	4
2.2.2	FNs konvensjon om barnets rettigheter	5
2.2.3	Norsk retts forhold til internasjonale menneskerettigheter	7
3	GENERELLE BARNEVERNRETTLIGE PRINSIPPER.....	9
3.1	Utgangspunkt.....	9
3.2	Barnets beste	9
3.2.1	Den internasjonale forståelsen av begrepet	9
3.2.2	Barnets beste i nasjonal lovgivning	10
3.3	Det biologiske prinsipp	12
3.4	Mildeste inngreps prinsipp	13
3.5	Barnets rett til å bli hørt	14
3.5.1	Nasjonal rett	14
3.5.2	Den internasjonale forståelsen.....	15
4	SAMVÆR ETTER OMSORGSOVERTAKELSE – FREMSTILLING AV GJELDENE RETT	17
4.1	Barnevernlovens bakgrunn og utvikling	17
4.2	Barnevernloven § 4-19.....	18

4.2.1	Innhold og omfang	19
4.2.2	Samværsrestriksjoner	22
4.3	Samværsretten som menneskerettighet.....	26
4.3.1	Barnekonvensjonen artikkel 9.	26
4.3.2	EMK art 8.....	27
5	MOMENTER AV BETYDNING VED FASTSETTELSE AV SAMVÆRSRETTE	32
5.1	Utgangspunkt.....	32
5.2	Momenter i vurderingen ved fastsettelse av samværets omfang	33
5.2.1	Mål og varighet ved plasseringen	33
5.2.2	Forhold ved barnet	37
5.2.3	Betydningen av foreldrenes personlige egenskaper og problemer	43
5.2.4	Betydningen av konfliktnivået i saken.....	47
5.2.5	Forhold ved plasseringsstedet.....	48
5.3	Oppsummering	49
6	AVSLUTTENDE VURDERING.....	49
6.1	Vurdering av gjeldende og fungerende rett.....	49
6.2	Rettspolitisk vurdering; bør samværsrettens omfang lovfestes?	53
7	LITTERATURLISTE	58
7.1	Bøker.....	58
7.2	Nettsider	58
7.3	Artikler	58
7.4	Lovgivning	59
7.4.1	Nasjonal lovgivning	59
7.4.2	Internasjonal lovgivning.....	59
7.5	Forarbeider	59
7.6	Rettspraksis	60

7.6.1	Dommer fra Høyesterett.....	60
7.6.2	Dommer fra EMD	61

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Tema for avhandlingen er en fremstilling av reglene om samvær etter omsorgsovertakelse i barnevernloven. Oppgaven vil særlig omhandle omfanget av samværsretten, men det søkes å gi en helhetlig fremstilling av reglene som gjelder for samvær mellom biologiske foreldre og barn etter omsorgsovertakelse. Samværsreglene vil bli fremstilt sett fra både nasjonale regler, da særlig Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100 (bvl.), § 4-19, og i lys av internasjonale menneskerettigheter, eksempelvis EMK artikkel 8 og Barnekonvensjonen.¹

Temaet er viktig, og berører mange barn i Norge. I 2011 var det 52 098 barn med barnevernstiltak i løpet av året.² Av disse mottok 84 prosent hjelpetiltak, og cirka 16 prosent omsorgstiltak. Tallet på barn og unge som mottok hjelp fra barnevernet økte med fem prosent i 2011 sammenliknet med året før.³

Samværsretten innebærer en gjensidig rett for både foreldre og barn til å ha samvær med hverandre, også etter omsorgsovertakelse. Samværsretten omfatter også telefon og annen kontakt mellom foreldre og barn, men dette vil ikke bli behandlet nærmere. Avhandlingen vil vise at samværsretten er begrunnet i det biologiske prinsipp, og tanken at barn har best av å vokse opp hos sine foreldre. Dessverre er det slik at dette ikke lar seg gjøre i alle tilfeller, og reglene i barnevernloven § 4-19 regulerer samværet hvor det er vedtatt omsorgsovertakelse.

Reglene om samværsrett er i stor grad preget av skjønnsmessige vurderinger fra rettsanvenderens side. Reglene fremhever at det foreligger en *rett* til samvær, men barnevernloven gir få føringer når det kommer til omfanget av samværsretten. Spørsmålet i de fleste sakene

¹ For mer om samværsretten se punkt 4.

² http://www.ssb.no/emner/02/barn_og_unge/2012/tabeller/barnevern//barnev0300.html

³ <http://www.ssb.no/emner/03/03/barneverng/>

vil altså ikke være *om* det skal være samvær, men hvilket *omfang* samværsretten skal ha. Momentene i denne skjønnsmessige vurderingen vil derfor være av stor betydning, og vil være sentral i den videre fremstillingen.

1.2 Avgrensninger

Oppgavens tema forutsetter at omsorgen er fratatt de biologiske foreldrene. Vilkårene for omsorgsovertakelse i § 4-12 vil ikke bli behandlet. Avhandlingen vil behandle retten *biologiske foreldre* har til samvær etter bvl § 4-19 første og andre ledd. Reglene i tredje og fjerde ledd om samvær for andre enn biologiske foreldre, samt andre ledd siste punktum om skjult adresse, vil ikke bli behandlet. Oppgavens omfang tilsier videre en avgrensning mot prosessuelle spørsmål, og bvl § 4-19 femte ledd vil ikke bli nærmere behandlet.

Avhandlingen avgrenses videre mot å si noe om samværets betydning for utviklingen av omsorgssakene, herunder tilbakeføring. Det vil vanskelig la seg gjøre å si noe om dette uten å si noe nærmere om reglene om tilbakeføring i bvl. § 4-21, noe oppgavens omfang ikke tillater.

Samvær etter Lov om foreldre og barn av 8. april 1981 nr. 7 vil kun bli behandlet i den grad reglene kan belyse spørsmål om samværsretten etter barnevernloven.

1.3 Videre fremstilling

I avhandlingens punkt to vil jeg gi en fremstilling av rettskildebildet og metode, samt si noe om forholdet til internasjonale konvensjoner og tolkningen av disse. Punkt tre presenterer de grunnleggende prinsippene i barnevernretten. Videre vil jeg i punkt fire gi en fremstilling av barnevernlovens bakgrunn og utvikling, samt hovedregelen om samvær i bvl. § 4-19. Avslutningsvis vil se jeg på barnevernretten som menneskerettighet. Jeg vil også si noe om retten til å fastsette samværsrestriksjoner, herunder tilsyn og samværsnekt. I punkt fem vil jeg gi en redegjørelse for de momentene som gjør seg gjeldende når samværets omfang skal fastsettes. Avslutningsvis vil jeg i punkt seks oppsummere rettstilstanden, og vurdere om reglene om samvær er betryggende ivaretatt innenfor norsk rett, da med særlig fokus på omfanget av samværsretten. Helt til slutt vil jeg komme med en rettspolitisk vurdering av samværsreglene.

2 Rettskilder

2.1 Nasjonale rettskilder

Avhandlingen bygger på vanlig juridisk metode, hvor lovtekst, forarbeider, Høyesterettspraksis og juridisk teori fremstår som de sentrale rettskildene.

Reglene om samvær etter omsorgsovertakelse er hjemlet i Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100 (bvl.), § 4-19. Lovteksten i § 4-19 gir i seg selv begrenset veiledning for den individuelle vurderingen som må foretas i hvert enkelt tilfelle.⁴ Også lovforarbeidene⁵ til barnevernloven har noe begrenset direkte verdi som rettkildefaktor for avhandlingens tema, da drøftelsene om samværsspørsmålet er nokså knappe, særlig når det kommer til omfanget av samværsretten.⁶ Forarbeidene er likevel relevante fordi de sier noe om formålet med loven, og hvilke andre generelle prinsipper og verdier som ligger til grunn for loven. I tillegg til dette gir forarbeidene og loven uttrykk for den politiske holdning om at det er verdifullt med samvær mellom barn og foreldre.⁷

Høyesterett har avsagt 16 dommer om samvær etter bvl. § 4-19.⁸ Høyesterett behandler kun et begrenset utvalg av sakene, og de momentene som man finner i dommene vil ikke gi et fullstendig bilde over de forholdene som gjør seg gjeldende på det konkrete området.⁹ Dommene etter barnevernloven vil i stor grad være skjønnspregede avgjørelser, og det kan være vanskelig å se av domsgrunnene hva som har vært det avgjørende vurderingstemaet i saken.¹⁰ Dette fører videre til at avgjørelsene fra Høyesterett har noe mindre prejudikatsverdi enn hva som er vanlig i norsk rettskildelære. Det foreligger videre mye underrettspraksis om samvær. Jeg vil all i hovedsak kun behandle praksis fra Høyesterett i avhand-

⁴ Haugli, 2000, s. 42

⁵ Se punkt 4 for mer om forarbeidene.

⁶ Ibid s. 46

⁷ l.c

⁸ Det er videre avsagt en rekke kjennelser om prosessuelle spørsmål, men disse behandles ikke her.

⁹ Ibid, s. 49

¹⁰ Ibid, s. 47

lingen, men noen undersøkelser fra underrettspraksis vil bli benyttet til å belyse enkelte emner.

Da loven, forarbeidene og rettspraksis ikke kan sies å avklart rettstilstanden fullt ut, vil juridisk teori ha større rettskildemessig vekt i saker etter barnevernloven enn vanlig. Særlig Trude Hauglis doktorgradsavhandling «*Samværsrett i barnevernssaker*» (Oslo, 2000, 2. utg) er relevant.¹¹

I forbindelse med sin doktorgradsavhandling gjennomgikk Trude Haugli i 1993 alle vedtakene fattet av fylkesnemndene for sosiale saker i Oslo og Akershus, Nord- og Sør-Trøndelag og for Troms og Finnmark, som berørte samværsspørsmål.¹² Haugli så nærmere på nemndas skjønnsutøvelse ved fastsettelsen av samværets omfang i en gruppe på 140 barn fordelt på 121 vedtak. Jeg vil bruke undersøkelsen Haugli gjorde i 1993, samt undersøkelser gjort av Haugli og Havik i forbindelse med deres bok¹³ for å belyse enkelte punkter.

Barnevernretten er kjennetegnet av skjønnspregede avgjørelser. Loven viser til at hovedhensynet ved alle avgjørelsene som omfatter barns forhold, er å finne hva som er til det beste for barnet, jf. Bvl § 4-1. Reelle hensyn vil derfor ha stor betydning ved avgjørelser etter loven. Som jeg kommer tilbake til senere i avhandlingen er loven taus når det kommer til omfang av samværsretten, og de momenter som blir presentert i punkt fem vil blant annet være utslag av reelle hensyn.

2.2 Internasjonal rett

2.2.1 Den europeiske menneskerettighetsdomstolen og EMD

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) ble vedtatt av Europarådet i Roma 4. november 1950. Norge ratifiserte konvensjonen i 1951, og den trådte i kraft 3. september 1953. Bakgrunnen for konvensjonen var ønske om å beskytte menneskerettighetene

¹¹ For fullstendig kildeliste viser jeg til litteraturlisten, punkt 7

¹² Haugli, 2000, s. 49 flg.

¹³ Haugli og Havik, *Samvær i barnevernsaker*, Oslo 2010, s. 49 flg.

og de grunnleggende frihetene til borgerne. Statens gjennomføring av EMK overvåkes av Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg. Domstolen behandler klager fra enkeltpersoner eller stater som hevder at deres rettigheter etter EMK har blitt krenket.¹⁴

EMK ble inkorporert i nasjonal rett gjennom menneskerettighetsloven av 21. mai 1999 nr. 30. Også FNs konvensjoner om sivile og politiske rettigheter (SP), og om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) er gjort til en del av norsk rett gjennom denne loven.

I et barnevernrettslig perspektiv er det særlig EMK artikkel 8 som gjør seg gjeldende.

«(1) Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.

(2) Det skal ikke skje noe inngrep fra offentlig myndighet ved utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn...»

Artikkel 8, og andre relevante artikler, vil bli nærmere behandlet i punkt 4.3 nedenfor.

2.2.2 FNs konvensjon om barnets rettigheter

Barns rettigheter har vært et viktig tema siden før FN ble opprettet. I 1924 fremla Folkeforbundet «Declarations on the right of the Child». Erklæringen ble fulgt opp av FNs generalforsamling i 1959 med en ny erklæring om barns rettigheter. Barnekonvensjonen ble vedtatt av FNs generalforsamling 20. november 1989, og trådte i kraft 2. september 1990. Alle land i verden, med unntak av Somalia og USA, har ratifisert konvensjonen.¹⁵ Dette gjør BK til den menneskerettighetskonvensjonen som har størst oppslutning i verden. FNs barnekonvensjon trådte i kraft for Norge 7. februar 1991. I senere tid har Norge i tillegg ratifisert de to tilleggsprotokollene.¹⁶ I 2003 ble barnekonvensjonen med tilleggsprotokoller

¹⁴http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/530D64D5-4FDF-4353-940C-2D8B89175E4F/0/Court_in_brief_NOR.pdf

¹⁵ Se <http://treaties.un.org>, sist besøkt 6. mars 2013.

¹⁶ Valgfri protokoll til konvensjonen om barns rettigheter om barn i væpnet konflikt av 25. mai 2000, og om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi, 25. mai 2000.

inkorporert i Norsk rett gjennom menneskerettighetsloven § 2 nr. 4.¹⁷ Det ble i den forbindelse foretatte en rekke endringer i andre lover for å synliggjøre konvensjonens bestemmelser.

Etter inkorporeringen i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven følger det nå at barnekonvensjonen gjelder som norsk lov, og at konvensjonens bestemmelser ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen norsk lovgivning, jf. mskrettl. § 3.

På forhånd var det usikkert om konvensjonen ville skape problemer for norske domstoler. Fordi den norske lovgivningen anses å være i god overenstemmelse med konvensjonen, samt at norsk rett i flere tilfeller gir sterkere rettigheter enn konvensjonen, har det ikke blitt de store problemene.¹⁸ Det er likevel slik at barnekonvensjonen påberopes relativt ofte for domstolene i saker som omhandler barn. Det er særlig i utvisningssaker, enten av hele familier, eller av en far som er straffedømt, at barnekonvensjonen har vært sentral.¹⁹

FNs barnekonvensjon er den eneste menneskerettighetskonvensjonen som ikke har en egen ordning med individuell klageadgang. Tilsynet med barnekonvensjonen er basert på at statene skal levere inn rapporter til FN om sin nasjonale gjennomføring av konvensjonen. Rapportene behandles av FNs komite for barnets rettigheter. Komiteen møtes tre ganger i året, og arbeidet består i møter med de ulike statene, samt diskusjoner og generell dialog. Komiteen utarbeider så en rapport med bekymringer (concerns) og anbefalinger til den enkelte staten. Disse rapportene er ikke juridisk bindende, og hvorvidt statene etterkommer dem er avhengig av en rekke ulike forhold, men hovedsakelig vil politisk vilje spille en stor rolle.²⁰

¹⁷ Se lov 21. mai 1999 nr. 30

¹⁸ Høstmælingen, Kjørholt, Sandberg, 2012 2. utg. s. 27

¹⁹ I.c. Se f. eks RT 2005 s. 229.

²⁰ I.c

2.2.3 Norsk retts forhold til internasjonale menneskerettigheter

Det er klart at internasjonale rettskilder har hatt betydelig tyngde i norsk rett også før vedtakelsen av menneskerettighetsloven. I NOU 1993: 18 ble det gitt uttrykk for at det ikke er tvil om at menneskerettighetene er relevante rettskildefaktorer, som skal tillegges betydelig vekt av norske rettsanvendere. Det er også forutsatt at Høyesterett vil strekke seg langt for å unngå avgjørelser i strid med konvensjonene.²¹ Tidligere var norsk retts forhold til folkeretten betegnet som et «dualistisk forhold». Det vil si at de ble ansett som to adskilte retts-systemer, og at norsk rett ble gitt forrang ved motstrid mellom nasjonale regler og folkeretten. Senere er det dualistiske prinsipp blitt modifisert både gjennom presumsjonsprinsippet – norsk rett presumeres å være i samsvar med folkeretten – og ved lovfestet «del-monisme».²² I enkelte deler av lovgivningen er det uttrykkelig fastsatt at norske regler gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten.²³

Når det gjelder de vesentligste menneskerettighetskonvensjonene er det dualistiske prinsipp nå fraveket. Ved lov av 21. mai 1999 er EMK og BK inkorporert i norsk rett. Konvensjonene gjelder etter menneskerettighetsloven § 2 som «norsk lov», og etter § 3 skal de «ved motstrid» gå foran bestemmelser i annen lovgivning. I plenumskjennelsen inntatt i RT 2002 s. 557 fremgår det at spørsmålet om hvordan en inkorporert konvensjonsbestemmelse skal forstås ikke kan løses ved hjelp av et generelt prinsipp, men domstolene må foreta en selvstendig tolkning av konvensjonsbestemmelsen.²⁴ Høyesterett uttaler videre:

«Norske domstoler skal ved tolkingen av EMK benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen. Dersom den tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ut fra en slik bedømmelse har de beste grunner for seg, kommer i strid med

²¹ NOU 1993: 18 s. 77-78

²² Loftsgaard og Alstad i Tjomsland m.fler, 2003, s. 71.

²³ Se f.eks straffeprosessloven § 4, og tvistemålsloven § 36.

²⁴ RT 2002 s. 557 punkt 3

annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3.»²⁵

Ved tolkning av konvensjoner følger det av Wien konvensjonen²⁶ artikkel 31 at en konvensjon skal tolkes i samsvar med konvensjonens gjenstand og formål, og at den skal tolkes som en helhet. Dette kan eksemplifiseres ved å se på BK artikkel 22, som alene gir en ganske svak beskyttelse av mindreårige asylsøkere, men som i sammenheng med artikkel 3 om barnets beste og artikkel 2 om ikke diskriminering får større kraft.²⁷

De fleste artiklene i både EMK og BK er nokså upresise, og det kan være vanskelig å vite hva man skal legge i de ulike formuleringene. Ved tolkning av EMK vil man kunne se til tidligere avgjørelser fra EMD. Det finnes derimot ingen internasjonal domstol eller klageordning som er knyttet til barnekonvensjonen, noe som kan være egnet til å skape usikkerhet om det faktiske innholdet av de ulike artiklene.²⁸ Poenget er samtidig ikke alltid å vise at det er brudd på konvensjonen, men å kunne påpeke hvordan statene på en bedre måte kan ivareta barnets rettigheter.²⁹

De generelle reglene i barnekonvensjonen er som regel dekket mer presist i nasjonale regler. Det er hovedsakelig de nasjonale reglene som blir anvendt. Det er i de tilfeller hvor konvensjonen påstås å gi en større rett enn hva nasjonale regler gjør, at tolkningsproblemer oppstår.³⁰ Ved tolkning av konvensjoner har ikke domstolen samme mulighet til å støtte seg til forarbeidene som ved tolkning av nasjonale regler. Det er store forskjeller på forarbeidene til en konvensjon, og utformingen og innholdet vil være avhengig av hvordan konvensjonen ble til. Barnekonvensjonen ble utformet av en åpen arbeidskomite, og det ende-

²⁵ l.c

²⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)

²⁷ ²⁷ Smith i Høstmælingen, Kjørholt, Sandberg, 2012 2. utg, s. 25

²⁸ l.c

²⁹ Se mer om statens rapporter i komitéen og den videre behandlingen i punkt 2.2.2

³⁰ Smith i Høstmælingen, Kjørholt, Sandberg, 2012 2. utg. s. 28.

lige utkastet ble vedtatt av FNs menneskerettighetskonvensjon og deretter enstemmig vedtatt av FNs generalforsamling, uten noen endringer. Av denne grunn er det lite man kan få ut av uttalelsene under komiteens arbeid. Det kan derfor være usikkert om hva som var hensynene bak de ulike artiklene.³¹

3 Generelle barnevernrettslige prinsipper

3.1 Utgangspunkt

Barnevernretten bygger på fire hovedprinsipper. Det er prinsippet om barnets beste, det biologiske prinsipp, barnets rett til å bli hørt og det minste inngreps prinsipp. Dette er veiledende prinsipper som skal ligge til grunn i alle prosesser i barnevernretten, men som gjerne kommer i konflikt med hverandre. De rettslige grunnlagene for prinsippene blir behandlet i den videre fremstillingen.

3.2 Barnets beste

3.2.1 Den internasjonale forståelsen av begrepet

Barnets beste er barnekonvensjonens mest sentrale begrep. Det fastslås at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle tiltak og avgjørelser som gjelder barn. Sammen med prinsippet om ikke-diskriminering (artikkel 2), prinsippet om rett til liv, overlevelse og utvikling (artikkel 6), og prinsippet om respekt for barnets syn (artikkel 12), er prinsippet om barnets beste i BK artikkel 3, ett av fire grunnleggende prinsipper som fremgår av barnekonvensjonen. Dette er «kjerneprinsipper», som skal ligge til grunn for all tolkning og anvendelse av konvensjonen.³²

Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 lyder slik:

³¹ Ibid s. 24-25

³² ibid s. 52

«Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

Barnets beste er et bredt begrep. Innholdet er ikke en fast definert rettighet, men vil variere med tid, kultur og kontekst. Et grunnleggende element vil være respekt for barnets menneskeverd og integritet.³³ Begrepet skal være fleksibelt, slik at det best mulig tilpasses ulike situasjoner, samt at det skal gjelde både for barn som en generell gruppe, enkelte barn og bestemte grupper av barn. Det må foretas en individuell vurdering for hvert enkelt barn. Det som er best for ett barn er ikke automatisk det beste for alle andre barn.³⁴

Prinsippet vil være en veiledende faktor når andre interesser skal veies mot hverandre, også de som ikke knytter seg direkte til konvensjonen.

For å finne innholdet i prinsippet kan man se på de andre artiklene. Ved å se på de øvre grunnprinsippene, og enkeltartikler er det mulig få en pekepinn på hva som anses som barnets beste. Å ta barns rettigheter på alvor tilsier at saken må sees fra barnets perspektiv. Dette kan komme i konflikt med foreldrenes interesser. Et viktig redskap vil være å høre på barnet og legge vekt på hva det mener, og deres rett til selvbestemmelse. Prinsippet om barnets beste henger slik sett sammen med barnets rett til selvbestemmelse i BK artikkel 12.³⁵

3.2.2 Barnets beste i nasjonal lovgivning

Barnevernloven § 4-1 lyder som følger:

³³ l.c. s. 52

³⁴ Idib s. 53

³⁵ For mer om artikkel 12 se punkt, 3.5.2

«Ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Herunder skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.»

Bestemmelsen slår fast at prinsippet om barnets beste er et overordnet prinsipp og at det skal legges avgjørende vekt på hva som anses som barnets beste. Dette gjelder når det skal avgjøres om det skal settes inn tiltak, og i vurderingen om hvilke tiltak som eventuelt skal settes inn.

Når det er slik at hensynet til barnets beste skal inngå i vurderingen i alle saker etter loven, vil det først være nødvendig å fastslå at de øvrige vilkårene i loven er tilstede, før det må foretas en vurdering om tiltaket anses å være til barnets beste.³⁶ Det må også foretas en vurdering om hva som vil skje etter at et tiltak er iverksatt. Det kan ikke fattes vedtak om omsorgsovertakelse dersom barneverntjenesten ikke kan tilby en plassering som er tilfredsstillende, og som vil gi barnet en bedre situasjon enn den som allerede foreligger i hjemmet.³⁷

Det er hensynet til barnet som er i fokus i bvl § 4-1. Det vil si at foreldrenes behov vil være underordnet dette hensynet. Det er foreldrenes interesser som i utgangspunktet må vike dersom det er en konflikt mellom foreldrenes og barnets interesser.

Det er mange momenter som er relevante når det skal vurderes hva som er barnets beste. Lovteksten nevner kun ett; hensynet til stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen. Dette ble tatt inn som eneste moment i lovteksten, noe som taler for at det skal tillegges betydelig vekt.³⁸ Hensynet gjør seg særskilt gjeldende hvor det er spørsmål om å flytte barnet fra biologiske foreldre til fosterforeldre, eller ved tilbakeføring eller flytting til andre barneverninstitusjoner. Behov for stabilitet og kontinuitet vil som regel tilsi at det bør vektlegges kontakt mellom barnet og foreldrene når barnet er under barnevernets omsorg. Stor-

³⁶ Ofstad og Skar, 2009, s. 60.

³⁷ l.c

³⁸ ibid s. 61.

tingskomiteen uttalte i Innst. O. Nr. 80 (1991-92) at de var positive til lovfestingen av prinsippet om at det skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen, og uttalte videre; «Komiteen forstår med dette at man understreker betydningen av kontakt med de biologiske foreldre, også når barnet er i omsorg utenfor familien.»³⁹ Her er det tydelig at det i juridisk teori er fastslått en nær sammenheng mellom prinsippet om barnets beste og det biologiske prinsipp.

3.3 Det biologiske prinsipp

Utgangspunktet i norsk rett er at barn har best av å vokse opp hos sine biologiske foreldre og at det naturlige båndet foreldre og barn deler vil ha stor verdi for barnet.⁴⁰ Det biologiske prinsipp kommer ikke direkte til uttrykk i loven, men det er klart forutsatt i lovens forarbeider.⁴¹ Også Høyesterett har argumentert ut fra det biologiske prinsipp, se blant annet RT 1991 s.688, hvor det vises til de prinsipielle formuleringene i RT 1984 s. 289. Det fremgikk allerede av forarbeidene til barnevernloven av 1953 at man kun i nødstilfeller skulle skille biologiske foreldre og barn, og at man så godt som mulig bør begrense til tiltak i hjemmet. Å flytte barnet skal være en siste utvei.⁴² Dette fikk tilslutning av Høyesterett i RT 1982 s. 764 (s.770), - den første dommen etter barnevernloven av 1953.

Nåværende lov og forarbeider skiller seg ikke fra rettstilstanden etter 1953 loven. Da sosiallovutvalget⁴³ ble nedsatt, var det med mandat om at det ikke skulle foreslås vidtgående endringer i hovedvilkårene for inngrep og vernetiltak.⁴⁴ Stortingskomiteen ga enstemmig uttrykk for at «Hjelp skal primært gis i hjemmet, og plassering skal være siste alternativ».⁴⁵

³⁹ Innstillingen side 13

⁴⁰ NOU 2000:12, punkt 5.5.

⁴¹ NOU 1985: 18 s. 157

⁴² Ot.prp. nr. 56 (1952) s. 12

⁴³ NOU 1985: 18

⁴⁴ Lindboe, 2012, s. 23.

⁴⁵ Innst.O nr. 80 (1991-92) s. 15

Nasjonal rett anses å være i samsvar med det grunnleggende prinsippet i Barnekonvensjonens artikkel 9, som slår fast at barn i utgangspunktet ikke skal skilles fra sine foreldre mot deres vilje.⁴⁶

Det biologiske prinsipp står så sterkt at selv om det oppdages en svikt i foreldrenes evne til å sørge for tilstrekkelig omsorg for sine barn, så skal hjelp fortrinnsvis søkes gjennom hjelpetiltak. Det biologiske prinsipp henger således nært sammen med det mildeste inngreps prinsipp.

3.4 Mildeste inngreps prinsipp

Det mildeste inngreps prinsipp er nært knyttet opp til det biologiske prinsipp, og kommer til uttrykk gjennom oppbyggingen av barnevernloven. I utgangspunktet skal barn vokse opp hos sine biologiske foreldre. Samfunnet kan gripe inn dersom foreldrene ikke har evne til å gi barna en tilstrekkelig trygg oppvekst.

I forarbeidene er ikke uttrykket «mildeste inngreps prinsipp» benyttet, men det uttales at «tvang skal som i dag bare være aktuelt dersom hjelpetiltakene ikke fører fram, eller det må anses nytteløst å forsøke med slike tiltak».⁴⁷ I loven av 1992 kommer prinsippet klarer frem enn i tidligere lovgivning. Barnevernloven § 4-12 tredje ledd lovfester det mildeste inngreps prinsipp. Det fremgår at barneverntjenesten ikke kan iverksette omsorgsovertakelse, dersom mindre inngripende tiltak, for eksempel hjelpetiltak i hjemmet, kan skape en tilfredsstillende omsorgssituasjon for barnet. Dersom barnevernet konkluderer med at det er behov for å sette inn tiltak, skal de alltid vurdere om et mildere tiltak vil være tilstrekkelig, selv når grunnvilkårene for strengere tiltak er oppfylt. Prinsippet kan sees som et forholdsmessighetsprinsipp innen barnevernretten, og har nær sammenheng med nødvendighetsprinsippet i EMK art 8.⁴⁸

⁴⁶ Haugli, 2000, s.25. For mer om BK artikkel 9 se punkt 4.3.1

⁴⁷ Ot. Prp. Nr. 44 (1991-92) s, 7.

⁴⁸ Sandberg, 2003, s. 41. For mer om EMK art 8, se punkt 4.3.2

3.5 Barnets rett til å bli hørt

3.5.1 Nasjonal rett

Barnevernloven § 6-3 første ledd lyder slik:

«Et barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne. Barnets mening skal tillegges vekt i samsvarende med barnets alder og modenhet.»

Da barnekonvensjonen ble gjort til norsk lov gjennom menneskerettighetsloven, ble det som nevnt i punkt 2.4 gjort endringer i en rekke andre lover. Barnevernloven § 6-3 første ledd var en av bestemmelsene som ble endret i lys av dette. Barnets rett til informasjon og til å uttale seg før avgjørelser blir tatt, ble med lovendringen utvidet til å gjelde også yngre barn. Før lovendringen var det bare barn over 12 år som hadde en ubetinget rett til å uttale seg. Etter lovendringen er nå barn helt ned i syv års alder gitt samme rett. I de tilfeller hvor barnet er under syv år, har det rett til å uttale seg dersom det har evne til å danne seg egne synspunkter. Dette vil bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle og vil variere ut fra barnets modenhet og utvikling.⁴⁹ Bestemmelsen i § 6-3 bygger på barneloven⁵⁰ § 31 som sier at barnet har rett til å bli hørt, og at det skal legges vekt på hva barnet mener ut fra deres alder og modenhet.

Retten til å uttale seg etter barnevernloven gjelder nå der det skal «tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne», jf. bvl § 6-3 første ledd. Retten er dermed ikke begrenset til bestemte sakstyper.⁵¹ Det vil si at barn over syv år har rett til å uttale seg i alle avgjørelser som berører ham eller henne, det være seg spørsmål om hjelpetiltak, omsorgsovertakelse, samvær og så videre.

⁴⁹ Ofstad og Skar, 2009, s. 311.

⁵⁰ Lov om barn og foreldre 8.4.1981 nr. 7

⁵¹ l.c

Selv om barnet etter loven har *rett* til å uttale seg, har de imidlertid ingen *plikt* til å gjøre det. Forarbeidene legger vekt på at barnet selv må få velge hva det vil uttale seg om, og at samtalen skal tilrettelegges slik at det skapes minst mulig lojalitetskonflikter ovenfor personer barnet er nært knyttet til.⁵² Det er derfor viktig at barnet blir opplyst om dette, og at det ikke skapes press på barnet.

Barnevernloven § 6-3 første ledd, andre punktum, presiserer at barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets modenhet og alder. Det blir en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. I utgangspunktet er det slik at desto eldre barnet er, desto mer skal det legges vekt på barnets synspunkter. Likevel er det viktig å få frem at barnets mening vil være ett av flere momenter som må vurderes i saken, og barnets mening vil ikke nødvendigvis ha avgjørende betydning. Tungtveiende argumenter kan veie mot barnets synspunkt, og nødvendiggjøre en annen løsning enn det barnet gir uttrykk for.⁵³

I den konkrete vurderingen som foretas vil det være et spørsmål om retten kan bestemme at det vil være til barnets beste ikke å bli hørt. I saker hvor det er høyt konfliktnivå vil det kunne være en stor påkjenning for barnet å fortelle sin mening, og det kan være vanskelig å vite hvor mye vekt som kan legges på barnets uttalelser. Høyesterett uttalte i RT 2004 s. 811 at det i alle saker må gjøres en vurdering av barnets forutsetninger, hvor barnets beste vil være avgjørende. Saken gjaldt samværsrett etter barneloven, og Høyesterett kom til at det ikke var en saksbehandlingsfeil at barnet ikke var hørt. Barnets tidligere uttalelser i saken om at han gjerne ville bo hos far ble ikke tillagt særlig vekt, fordi det ble ansett at uttalelsene hadde bakgrunn i lojalitetskonflikten barnet opplevde.

3.5.2 Den internasjonale forståelsen

Barnets rett til å bli hørt er videre slått fast i barnekonvensjonen artikkel 12. Barnets medbestemmelsesrett er en av konvensjonens fire grunnprinsipper.⁵⁴ Retten til å bli hørt vil

⁵² Ot.ptp.nr. 45 (2002-03) s. 32

⁵³ Ofstad og Skar, 2009, s. 313.

⁵⁴ Se punkt 3 flg.

også her omfatte at barnet får uttale seg, at det blir lyttet til og at det barnets ønske blir tatt hensyn til.⁵⁵ Artikkel 12 lyder slik:

- «1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å gjøre danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.
2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.»

Retten til å bli hørt er en sentral del av barnets annerkjennelse som selvstendige individer. Spørsmål som omhandler barn skal ikke bare bestemmes av andre, men med påvirkning fra barna selv. Det er helt grunnleggende at barn får anledning til å gi uttrykk for sine meninger for å kunne ivareta sin verdighet og integritet.⁵⁶

I 2009 ga FNs barnekomite generell kommentar nr. 12, som omhandler hva som ligger i retten til å bli hørt. Komiteens generelle kommentarer er ikke rettslig bindende, men anses som å ha betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonen. Den baserer seg på komiteens praksis og avgis av det internasjonale organet som er oppnevnt for å overvåke konvensjonen.⁵⁷ Generell kommentar nr. 12 viser til en rekke grunnleggende krav til gjennomføringen av barnets rett til å bli hørt. Både prosessen og temaene må være tilpasset og relevante for barn. Selve høringen må være barnevennlig, i form av krav til omgivelser, fremgangsmåte, tid og ressurser. Samt at høringen tilpasses barnets alder og utvikling. Det stilles også krav til opplæring av de voksne som er involvert.⁵⁸

⁵⁵ Kirsten Sandberg i Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg, 2012, s. 91

⁵⁶ Ibid s. 90.

⁵⁷ Ibid s. 91. Se også RT 2009 s. 1261, avsnitt 87-92.

⁵⁸ Sandberg i Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg, 2012, s. 92.

For at barnet fritt skal kunne gi uttrykk for sine synspunkter, er viktige forhold hvem som skal høre barnet, hvor høringen skal finne sted og om foreldrene skal være involvert. I enkelte saker kan foreldrene være gode støttespillere og talspersoner for barnet, mens det kan være problematisk i saker etter for eksempel barnevernloven, og ved fastsettelse av bosted etter barneloven. Her vil foreldrenes innblanding kunne påvirke barna i negativ forstand, og barnet kan føle et lojalitetsforhold ovenfor en eller begge av foreldrene. Poenget med en rettighet som artikkel 12 er nettopp at det er *barnets* mening som skal frem, og som skal vektlegges.

Retten til å bli hørt er ingen selvbestemmelsesrett, men kan anses som en medbestemmelsesrett.⁵⁹ Vekten av barnets mening vil variere og vil være avhengig av barnets alder og modenhet, samt omstendighetene for øvrig og styrken og fastheten i barnets ønsker. Dette må så veies opp mot andre momenter i saken, som igjen kan tale for en annen løsning.⁶⁰

4 Samvær etter omsorgsovertakelse – fremstilling av gjeldende rett

4.1 Barnevernlovens bakgrunn og utvikling

Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100 (bvl.) trådte i kraft 1. januar 1993. Loven avløste med dette lov av 17. juli 1953 nr. 14 om barnevern. Før vedtakelse av 1992 loven hadde det lenge vært klart at det var behov for en ny barnevernlov. Loven av 1953 var dårlig tilpasset endringene som hadde skjedd i samfunnet, med særlig tanke på omsorgssvikt og atferdsvansker hos barn.⁶¹

I kongelig resolusjon av 26. september 1980 ble det nedsatt et utvalg med mandat til å lage en samlet sosiallov som skulle omfatte barnevernloven av 1953, sosialomsorgsloven av

⁵⁹ Ibid. s. 92.

⁶⁰ For mer om dette, se punkt 3.5.1

⁶¹ Se ot.prp. nr 44 (1991-1992) s. 12.

1964 og edrskapsloven av 1932. Sosiallovutvalgets arbeid resulterte i NOU 1985:18, *Lov om sosiale tjenester m.v.* Utvalgets forslag om en samlet sosiallov ble opprettholdt i ot.prp. nr. 60 (1988-99) *Om lov om sosiale tjenester m.v.*

På grunn av regjeringsskifte ble proposisjonen trukket tilbake høsten 1989. Statens ansvar for barnevernet ble samtidig flyttet til Barne- og familiedepartementet. Etter et nytt regjeringsskifte i 1990 ble det bestemt at det var ønskelig med en egen barnevernlov, utskilt fra de andre lovene i sosialloven. Dette ble blant annet begrunnet i ønsket om å sette særlig søkelys mot usatte barn og unge.⁶² Departementet fremsatte etter dette ot.prp. nr. 44 (1991-1992) *Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)*. Proposisjonen bygger hovedsakelig på sosiallovutvalgtes NOU fra 1985 med visse presiseringer. Hensynene og tankene bak 1992 loven er i stor grad en videreføring av hensynene bak 1953- loven, men med et sterkere fokus på rettssikkerheten.⁶³ Rettspraksis fra 1953- loven vil derfor fortsatt være relevant i visse tilfeller.

Barnevernloven av 1953 hadde ingen bestemmelser om samvær mellom barn og foreldre ved en eventuell omsorgsovertakelse.⁶⁴ Retten til samvær kom først inn i loven ved barnevernloven av 1992, i § 4-19 første ledd.⁶⁵

4.2 Barnevernloven § 4-19

Barnevernloven § 4-19 første ledd fastslår at det er en gjensidig *rett* for både barn og foreldre å ha samvær med hverandre. Barnevernloven § 4-19 andre ledd omfatter fastsettelsen av samvær ved omsorgsovertakelse. Fylkesnemnda skal

«når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, (..) ta standpunkt til omfanget av samværsretten(...)»

⁶² ot.prp. nr 44 (1991-1992) s. 10

⁶³ Haugli, 2000 s. 94.

⁶⁴ ot.prp. nr 44 (1991-1992) s. 51 og Haugli og Havik, 2010 s. 27.

⁶⁵ «Barn og foreldre har, hvis ikke annet er bestemt, rett til samvær med hverandre».

Det rettslige utgangspunktet er således at det skal være samvær også etter en omsorgsovertakelse, og at det er unntak fra denne hovedregelen som må begrunnes. Det er anledning til å bestemme at det ikke skal være samvær, jf. bvl § 4-19 andre ledd hvor det fremgår at fylkesnemnda «kan også bestemme at det av hensynet til barnets ikke skal være samvær».⁶⁶ Regulering av samværet mellom foreldre og barn vil være aktuelt når det er foretatt hasteplassering etter bvl. § 4-6 (2), eller når det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-12 eller § 4-8 (2) eller (3). Ved slik plassering mister foreldrene den daglige omsorgen for barna sine, men de beholder foreldreansvaret. Ved frivillige plasseringer etter § 4-4 femte ledd, og ved plassering på grunn av atferdsvansker etter bvl. § 4-24 og § 4-26, beholder foreldrene også omsorgen, og det vil ikke være behov for å regulere samværet, fordi dette vil være opp til foreldrene.

Retten til samvær er i forarbeidene begrunnet i det biologiske prinsipp, og forskning som viser at det har stor verdi for barnet å ha kontakt med sine biologiske foreldre.⁶⁷ Utgangspunktet er at omsorgsovertakelser skal være midlertidige, og derfor vil samvær og kontakt med foreldrene være viktig for å opprettholde kontakten med foreldrene med tanke på en eventuell tilbakeføring.⁶⁸ Daglig omsorg av et barn krever mer av foreldrene enn hva samvær gjør. Det stilles strengere krav til foreldrenes omsorgsevne for at de skal få beholde omsorgen, enn for at de skal kunne utøve samværsrett. Dette er synlig i de strenge vilkårene for omsorgsovertakelse, samtidig som utgangspunktet er at det skal være samvær mellom foreldre og barn også etter omsorgsovertakelsen.⁶⁹

4.2.1 Innhold og omfang

Barnevernloven gir ingen definisjon av hva samværsretten omfatter med tanke på innhold og omfang. Også forarbeidene er relativt tause på dette spørsmålet. Sosiallovutvalget uttalte at «samværsretten omfatter foreldrenes rett til å besøke barnet og barnets rett til å besøke

⁶⁶ Mer om dette under punkt 4.2.2

⁶⁷ Ofstad og Skar, 2009, s. 156

⁶⁸ Bergum, 2004, punkt 1.1

⁶⁹ Haugli, 2000, s. 132

foreldrene».⁷⁰ Det kan derfor være uklart hva som skal være utgangspunktet for fylkesnemnda og rettens vurdering.⁷¹ I motsetning til barneloven er det ikke gitt regler om hvor omfattende samværet bør være, og det gis heller ingen definisjon av hva som anses som «vanlig» samvær.⁷² Forarbeidene viser at dette var et bevisst valg fra lovgivers side. Utvalget foreslo ikke egne regler for barnevernloven, men uttalte at «Praksis i barnefordelingsaker viser de aktuelle alternativer».⁷³ Haugli uttaler at det er noe uklart hva utvalget mente her. Hun viser til at det kan tolkes som et utsagt om at det også i barnevernssaker skal kunne brukes barnelovens «vanlige» samvær som utgangspunkt. Haugli fremlegger at hvis dette var tilfellet, så ville utvalget ha vist direkte til barneloven § 43. En annen måte å se det på, uttaler Haugli, er å se på saker der den som krever samvær etter barneloven har problemer av tilsvarende art som er synlige i saker etter barnevernloven, og bruke denne praksisen som utgangspunkt.⁷⁴ Departementet uttalte i proposisjonen at spørsmålet om samværsrett

«henger sammen med spørsmål om vedtakets varighet og hva som vil være målsettingen med vedtaket. I praksis vil det være disse forholdene som bestemmer samværsrettens omfang».⁷⁵

Det er ikke diskutert om det ville være ønskelig med en veiledende norm, slik som etter barneloven. Haugli tolker dette dit at lovgiver mente det ikke var ønskelig eller mulig å oppstille en slik norm. Det må derfor foretas en konkret og individuell vurdering i hvert enkelt tilfelle.⁷⁶ Høyesterett tok i RT 1996 s. 1684 klart stilling til at vanlig samvær etter barneloven ikke er et utgangspunkt. Høyesterett begrunnet dette med at hensynene som gjør seg gjeldende i saker etter barnevernloven ofte kan være andre enn det som ligger til

⁷⁰ NOU 1985: 18, s. 168

⁷¹ Haugli og Havik, 2010 s. 29

⁷² Barneloven § 43 andre ledd definerer «vanlig samvær» som *en ettermiddag i uken med overnatting, annenhver helg, 3 uker i sommerferien, samt annenhver høst-, jule-, vinter-, og påskeferie.*

⁷³ NOU 1985: 18, s. 168.

⁷⁴ Haugli, 2000, s. 135

⁷⁵ Ot.prp. nr. 44 (1991-92), s. 51

⁷⁶ Haugli, 2000, s. 135

grunn for en avgjørelse etter barneloven.⁷⁷ Hensynet til en stabil og god voksenkontakt, samt kontinuitet i omsorgen kan medføre at et mer begrenset samvær anses om det beste for barnet, jf. Bvl § 4-1.⁷⁸ Målet vil her, som ellers, være å finne tiltak som er til barnets beste. Det kan imidlertid være vanskelig å vite hva som anses som barnets beste. Rettspraksis fra Høyesterett viser at det legges særlig vekt på plasseringens antatte varighet, barnets særlige behov, barnets reaksjoner på samværet og ulike forhold med foreldrene og plasseringsstedet.⁷⁹ Jeg viser til punkt fem i avhandlingen for nærmere innhold i denne vurderingen.

Barnevernloven § 4-19 gjelder spørsmål om rett til samvær. Bestemmelsen er ikke til hinder for at barneverntjenesten praktiserer samværet i større grad enn det som er fastsatt i vedtaket av fylkesnemnda, såfremt dette ikke strider mot forutsetningene som ligger til grunn for det opprinnelige vedtaket.⁸⁰ I RT 2006 s. 247 uttaler Høyesterett følgende;

«Jeg tilføyer imidlertid at det samværet som her blir fastsatt, er et minimumssamvær, og at barneverntjenesten – om forholdene senere skulle ligge til rette for det – vil kunne samtykke i et mer omfattende samvær.»⁸¹

Dette skal ikke tolkes slik at fylkesnemnda eller domstolen i hver enkelt sak skal fastsette et minimumssamvær, og at det ut fra dette er opp til barneverntjenesten å praktisere det samvær til hver tid vurderes til barnets beste. Fylkesnemnda skal fastsette det samvær som er «riktig» på vedtakstidspunktet og i tiden fremover, men barneverntjenesten vil ha mulighet til å praktisere et mer omfattende samvær *dersom* forholdene endrer seg og hensynet til barnet tilsier et høyere samværsomfang.⁸²

⁷⁷ RT 1996 s. 1684 s. 1694

⁷⁸ RT 1998 s. 787

⁷⁹ NOU 2012: 5, pkt. 8.2.4

⁸⁰ Ot.prp. nr 44 (1991-92) s. 52

⁸¹ Avsnitt 37

⁸² Ofstad og Skar, 2009, s. 164.

Når det gjelder reduksjon av det fastsatte samværet, går det klart frem av RT 1998 s. 1420 at barneverntjenesten ikke har anledning til å redusere samværsomfanget som retten fastsatte, dersom de ser at det har uheldige konsekvenser for barnet. Rettssikkerhetshensyn tilsier at dersom barneverntjenesten mener at samværet bør redusere, så må saken opp til ny behandling i fylkesnemnda.⁸³

4.2.2 Samværsrestriksjoner

4.2.2.1 Nektelse av samvær

Etter barnevernloven § 4-19 andre ledd, første punktum kan fylkesnemnda bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær. Loven stiller ingen krav eller vilkår utover dette, men det er uttrykkelig lagt til grunn i EMD og av Høyesterett at det må foreligge sterke og spesielle grunner for at det skal kunne gjøres unntak fra hovedregelen i § 4-19 første ledd. I RT 1998 s. 787 uttalte Høyesterett at loven utgangspunkt om samværsrett «medfører at en varig eller langsiktig somsorgsovertakelse ikke i seg selv er tilstrekkelig til å nekte samvær.»⁸⁴ Det må foretas en skjønnsmessig vurdering hvor man må se om det vil være til barnets beste, jf. bvl. § 4-1, å ha samvær med foreldrene. Momenter i vurderinger vil også finnes i EMK art 8 og EMDs praksis knyttet til denne bestemmelsen. Adele Johansen-dommen er retningsgivende i forhold til spørsmålet om samværsnekt.⁸⁵

Samværsnekt har vært tema i tre saker for Høyesterett, hvor samvær ble nektet i to av sakene. I RT 2002 s. 908 kom Høyesterett fremt til at samvær mellom moren og en seks år gammel jente skulle nektes. Høyesterett viste til Adele Johansen dommen, og påpekte at samvær kun kan nektes i ekstraordinære tilfeller, og at det må kunne kreves spesielle og sterke grunner.⁸⁶ Moren hadde store psykiske problemer og ble omtalt som «borderline

⁸³ RT 1998 s. 1420 s. 1425

⁸⁴ RT 1998 s. 787, s. 791

⁸⁵ EMD No 17383/90. Se punkt 4.3.2.3 for mer om dommen.

⁸⁶ RT 2002 s. 908 s. 913

med et svakt ego»⁸⁷ Jenta var skadet og sterkt sårbart, noe som hovedsakelig kunne føres tilbake til mors omsorg de første 14 månedene. Dette satt i sammenheng med morens psykiske problemer, tilsa at jenta ikke skulle utsettes for den risikoen for skade som samvær med moren kunne medføre. Tidligere hadde det vært samvær to ganger i året à to timer. Disse samværene hadde fungert dårlig, og jenta hadde sterke reaksjoner i etterkant. Høyesterett fant av denne grunn at det forelå sterke og spesielle grunner til å nekte samvær, og at dette var i samsvar med både praksis etter barnevernloven og EMK.

Den andre saken hvor Høyesterett har nektet samvær er inntatt i RT 2004 s. 1046. Saken omhandlet spørsmål om samvær mellom foreldrene og deres syv år gamle datter, som hadde vært under barnevernets omsorg siden hun var ett år. Jenta var multihandicappet og det var antatt at hennes skader skyldes foreldrenes mishandling. Det hadde vært mye samvær i saken, men sjeldnere de siste årene. Jenta hadde mange negative reaksjoner i forbindelse med samværene, og hun uttalte selv at hun ikke ønsket samvær med foreldrene og at moren kløp henne.⁸⁸ Det ble antatt at samværene med foreldrene kunne føre til gjenoppliving av traumer fra mishandlingen påført av foreldrene. Høyesterett kom etter en bred vurdering, hvor de blant annet så på forholdet til EMDs praksis, at foreldrenes interesser måtte vike, og at samvær skulle nektes.⁸⁹

4.2.2.2 Samvær under tilsyn

Fylkesnemnda og domstolen har, som vist over, anledning til å fatte vedtak om at det ikke skal være samvær i det hele tatt. Det må derfor anses klart at de også kan gjøre mindre, det vil si å fastsette at samværet skal skje på bakgrunn av visse vilkår. Et slikt vilkår kan være pålegg om at samværet skal skje under tilsyn. Det fremgår ikke eksplisitt av loven at det er anledning til å vedta at det skal være tilsyn under samværene, men på bakgrunn av uttalelser i rettspraksis er det ikke tvil om at det, under visse vilkår, er anledning til dette. I RT 1997 s.534 opphevet Høyesterett tilsynsvedtaket fra lagmannsretten etter en konkret vurde-

⁸⁷ RT 2002 s. 908 s. 914

⁸⁸ Rt 2004 s. 1046 avsnitt 57

⁸⁹ Ibid. Avsnitt 75

ring, hvor de kom til at dette ikke var nødvendig i den saken. Dommen gir klart uttrykk for en forutsetning om at det er anledning til å pålegge tilsyn. Det er imidlertid kun fylkesnemnda og domstolene som har en slik myndighet. Barneverntjenesten, har som generelt utgangspunkt, ikke anledning til å fastsette at samværene skal foregå med tilsyn, men de kan gis mulighet til å beslutte dette i konkrete saker.⁹⁰

Et av de generelle prinsippene som gjelder for barnevernretten er det minste inngreps prinsipp.⁹¹ Tilsyn ved samvær vil innebære en begrensning av den naturlige kontakten mellom foreldrene og barnet.⁹² Basert på det mildeste inngreps prinsipp, så vil en streng restriksjon som pålegg om tilsyn, kreve en sterk begrunnelse. Tilsynet må være nødvendig av hensyn til barnet og være begrunnet i behovet for kontroll under samværet.⁹³ Det kan være fare for kidnapping, vold mot barnet eller andre overgrep og barnet kan ha angst for å møte foreldrene. I mange tilfeller vil hensynene som taler for at det pålegges tilsyn være de samme hensynene som ligger til grunn for vedtak om nektelse av samvær. Dette vil da være et forbyggende tiltak slik at mer inngripende tiltak kan unngås, og vil med det være i overensstemmelse med det minste inngreps prinsipp.⁹⁴

Høyesteretts avgjørelser de senere årene viser at det pålegges tilsyn i mange saker. Høyesterett har i ni dommer siden 2000 fastsatt samvær og nektet samvær i ytterligere to saker.⁹⁵ Av de ni sakene hvor det ble fastsatt samvær, ble det ilagt tilsyn i seks av sakene. I tre av sakene hvor tilsyn ble ilagt, ble det begrunnet mors rusproblemer, og muligheter for tilbakefall.(jf. RT 2003 s. 425, RT 2006 s. 624, RT. 2012 s. 1832). I RT 2003 s. 425 uttaler førstvoterende følgende om behovet for tilsyn:

⁹⁰ Haugli og Havik, 2010, s. 142.

⁹¹ Se punkt 3.4

⁹² Haugli og Havik, 2010, s. 142

⁹³ l.c

⁹⁴ Ibid s. 143.

⁹⁵ RT 2002 s. 908, RT 2004 s.1046.

«X kommune mener at barneverntjenesten bør få muligheten til å beslutte tilsyn under samværene. Ut fra mors situasjon i dag er dette ingen aktuell problemstilling, slik også den sakkyndige har fremholdt. Men ut fra risikoen for et tilbakefall er jeg enig i at beslutning om tilsyn bør kunne fattes dersom situasjonen forandrer seg.»⁹⁶

Det kan spørres hvor nærliggende og aktuelle en potensiell fare/hendelse må være for at det skal kunne gis anledning til å ha tilsyn. I overnevnte sak uttalte den sakkyndige oppnevnte psykologen at moren levde en «vanlig velordnet tilværelse med egen bolig og et fast arbeidsforhold. Det foreligger ingen opplysninger om aktuelt rusmisbruk».⁹⁷ Det var altså ingen aktuell fare, men det ble åpnet for tilsyn dersom dette skulle endre seg. Utgangspunktet må, på tross av denne dommen, være at det skal foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Tema for vurderingen vil være hva risikoen ved tilsynsfrie samvær består av, samt hvor nærliggende det er at potensielt skadende eller uheldige hendelser oppstår. Dette må så veies opp mot det inngrep tilsynet representerer for foreldrene.⁹⁸ I RT 2006 s. 247, som var en ren samværssak for en gutt på 14 år, var det av tingretten fastsatt at det skulle være anledning til å foreta «stikkprøvetilsyn». Det ble uttalt at tilsynet i alminnelighet ikke skulle finne sted, med det ble åpnet for tilsyn i tilfeller hvor barneverntjenester «får signaler om uheldige forhold under samværene.»⁹⁹ Høyesterett uttalte videre:

«Jeg kan ikke se at det er noen grunn til at barneverntjenesten i dette tilfellet skal ha en mer begrenset tilsynsmulighet enn det som vanligvis er tilfellet.»¹⁰⁰

Uttalelsen tyder på at det er adgang til å pålegge tilsyn «for sikkerhetsskyld»¹⁰¹, noe loven ikke legger opp til i sin formulering. Det fremgår heller ikke av lovforarbeidene at det er

⁹⁶ RT 2003 s. 425, avsnitt 49

⁹⁷ Ibid avsnitt 44.

⁹⁸ Ofstad og Skar, 2009, s. 162-163.

⁹⁹ RT 2006 247, avsnitt 38

¹⁰⁰ l.c

¹⁰¹ Haugli og Havik, 2010, s. 144

adgang til dette. Juridisk teori legger klart til grunn at det ikke er adgang til å rutinemessig pålegge tilsyn «for sikkerhetsskyld»¹⁰²

Haugli og Havik viser i sin bok til at det i 12 av 16 lagmannsrettsdommer som ble avsagt i 2007 og samtlige av dommene som ble avsagt i 2008, ble det bestemt at samværene skulle foregå under tilsyn. Det fremgår at flertallet sakene av har mangelfull, eller ingen begrunnelse for hvorfor tilsyn ilegges. Avgjørelsene går sjelden inn på hva man ønsker å oppnå med tilsynet og hva som legitimerer det.¹⁰³

4.3 Samværsretten som menneskerettighet¹⁰⁴

Samværsretten er videre forankret i FNs barnekonvensjon, Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), og Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) tolkning av denne.¹⁰⁵

4.3.1 Barnekonvensjonen artikkel 9.

Barns rett til vern mot å bli skilt fra sine foreldre er nedfelt i barnekonvensjonen art 9 nr.1. Her fremgår det at

«Partene skal sikre at et barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje, unntatt når kompetente myndigheter, som er underlagt rettslig prøving, i samsvar med gjeldende lover og saksbehandlingsregler, beslutter at slik atskillelse er nødvendig av hensyn til barnets beste».

Også etter barnekonvensjonen er det barnets beste som skal være det bærende hensynet bak vurderingen, og det er kun dette som skal rettferdiggjøre inngrep i barnets grunnleggende

¹⁰² Haugli, 2000, s. 223

¹⁰³ Haugli og Havik, 2010, s. 144

¹⁰⁴ For mer om EMK og BK se punkt 2.2 flg.

¹⁰⁵ FNs konvensjon om barns rettigheter, av 20. november 1989. Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950

rett til å være sammen med sine foreldre. Som et eksempel på når adskillelse kan være nødvendig, bruker konvensjonen situasjoner hvor det foreligger mishandling eller vannskjøtsel.¹⁰⁶

Retten til samvær er regulert i barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3 som sier

«Partene skal respektere den rett et barn som er atskilt fra en eller begge foreldre har til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig, med mindre dette er i strid med barnets beste.»

Statene blir pålagt en positiv forpliktelse til å sørge for at det er kontakt mellom foreldre og barn, også etter omsorgsovertakelse. Barnekonvensjonen artikkel 9 nr. 3 beskytter kun barnets interesser, og det fremgår at det kun kan vedtas begrensninger dersom samværet ikke vil være til barnets beste. Det fremgår ingen nærmere vurdering av hvilke momenter som skal være med i barnets-beste vurderingen, men det må her som ellers, foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Hva som anes som det beste for barnet må vurderes opp mot hensynene til foreldrene. Ettersom det er barnets interesse som vernes må artikkelen sees i sammenheng med barnets rett til å bli hørt i artikkel 12.¹⁰⁷

4.3.2 EMK art 8

Artikkel 8 (1) lyder:

(1) Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.

Hovedformålet med artikkel 8 er å gi individer et vern mot vilkårlige inngrep i fra myndighetenes side.¹⁰⁸ Det foreligger her en positiv forpliktelse for statene til å sikre en effektiv

¹⁰⁶ Haugli, 2000, s. 158

¹⁰⁷ For mer om artikkel 12 se punkt 3.5.2

¹⁰⁸ Loftsgaard og Alstad i Tjomsland(red.), 2003, s. 75

beskyttelse av familielivet. Foreldre og barns rett til vern mot adskillelse er et grunnleggende element, og det vil ikke bortfalle når det offentlige overtar omsorgen. Se for eksempel EMD dommene Olsson¹⁰⁹ og Andersson¹¹⁰ mot Sverige.

Enhver begrensning i familiemedlemmers adgang til å ha samvær med hverandre anses som et inngrep i familielivet.

For å kunne være offer for en krenkelse av respekt for familielivet må det ha foreligget et «familieliv» mellom barnet og den som hevder seg krenket.¹¹¹ Mellom biologisk mor og det nyfødte barnet vil det automatisk foreligge et «familieliv». Når det gjelder biologisk far avhenger saken av om det foreligger/ har vært et familieliv mellom han og mor. Dersom mor og far er gift anses dette som et familieliv i EMKs forstand. Er ikke mor og far gift må det foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, der det blant annet vurderes om forholdet er tilstrekkelig stabilt. Bor de sammen? Har forholdet vart over tid? I EMDs dom i McMichael saken¹¹² fant domstolen at det var tilstrekkelig at mor og far hadde bodd sammen før og etter fødsel, til tross for at mor senere bestred farskapet.

Utvikling etter fødsel kan i enkelte tilfeller føre til at et opprinnelig bånd brytes. I Gül mot Sveits¹¹³ hadde en far etterlatt sin tre måneder gamle sønn i Tyrkia, mens han selv dro til Sveits. Det ble vektlagt at faren hadde kjempe for å få sønnen til Sveits, og at han ved flere anledninger hadde besøkt ham i Tyrkia.

4.3.2.1 Unntaksregelen i artikkel 8 nr 2.

Selv om man har rett til respekt for familielivet, er ikke denne retten absolutt. Det vil ikke foreligge en krenkelse der hvor inngrepet, eller unnlatsen, kan rettfærdiggjøres etter unntaksbestemmelsen i EMK art 8 andre ledd. Unntak fra hovedregelen i første ledd kan kun

¹⁰⁹ EMD dom av 24.03.88

¹¹⁰ EMD dom av 25.02.92

¹¹¹ Loftsgaard og Alstad i Tjomsland, 2003, side 76.

¹¹² EMD dom av 24.02.1995

¹¹³ EMD dom av 19.02.96

skje dersom inngrepet for det første er i samsvar med lov, for det andre har ett eller flere formål som er nevnt i artikkel 8 nr. 2, og for det tredje må inngrepet være «nødvendig i et demokratisk samfunn». Det er hovedsakelig det siste vilkåret som oftest er vurderingstema for EMD.

Utrykket «nødvendig i et demokratisk samfunn» innebærer at inngrepet må være begrunnet i sterke samfunnsmessige hensyn, og det må kunne kreves at det er et rimelig forhold mellom inngrepet og dets formål. EMD vil i vurderingen legge vekt på at statene har en viss skjønnsmargin, og at det tillegges den enkelte stat å passe på at konvensjonsbestemmelsene overholdes.¹¹⁴ De nasjonale domstolene anses å være de som er nærmeste til å prøve saken i første omgang, og det er de som har best kunnskap om de nasjonale bestemmelsene. EMD skal ikke overta statens rolle, men de skal foreta en vurdering av konvensjonsmessigheten av de avgjørelsene som er tatt.¹¹⁵

Ved spørsmål om å overta omsorgen er nasjonale myndigheter tilkjent stor skjønnsmargin. Når det gjelder begrensninger utover dette, slik som samværsrestriksjoner, vil EMD utøve en mer inngående kontroll. Det vil særlig være fokus på om saken har vært tilstrekkelig opplyst, samt om forbyggende og mindre inngripende tiltak ikke har ført frem.¹¹⁶

4.3.2.2 Mål om gjenforening

Både etter nasjonal og internasjonal rett er utgangspunktet at en omsorgsovertakelse er et midlertidig vedtak. Målet vil i de fleste tilfeller være tilbakeføring dersom forholdene tilsier dette, og det vil være til barnets beste. Praksis at EMD legger større vekt på målet om gjenforening enn hva norske domstoler gjør.

I *Olsson mot Sverige*¹¹⁷ ble vedtaket om omsorgsovertakelsen akseptert av flertallet som anså vedtaket å være både relevant og tilstrekkelig, men gjennomføringen var i strid med

¹¹⁴ Loftsgaard og Alstad i Tjomsland, 2003, side 81

¹¹⁵ Se f.eks Johansen mot Norge, Reports 1996 III, avsnitt 64.

¹¹⁶ Loftsgaard og Alstad i Tjomsland, 2003, side 82

¹¹⁷ Dom av 24 mars 1988

artikkel 8 fordi de tre barna var plassert langt fra hverandre og med begrensninger i foreldrenes samværsrett. Det fremgikk at det ikke hadde vært mål om adopsjon, og EMD påpekte at plassering dermed skulle skje med tanke på tilbakeføring. Slik samværsordningen var i denne saken, var det ikke samsvar mellom tildelt samvær og mulighet for tilbakeføring. Barna var plassert i fosterhjem henholdsvis 637 og 590 km fra foreldrenes hjem, med 100 km avstand innbyrdes.¹¹⁸

I storkammersaken K. og T. mot Finland¹¹⁹, ble det fremhevet at det gjeldende utgangspunkt er at en omsorgsovertakelse er et midlertidig vedtak, som skal oppheves så snart omstendighetene tillater dette. Det ble videre uttalt at myndigheten må fra tid til annen undersøke om foreldrene situasjon har bedret seg. I denne saken hadde myndigheten hatt en fast og negativ holdning, og det var ikke tatt hensyn til bevis på foreldrenes bedrede situasjon.¹²⁰ Foreldrene var tilkjent samvær en gang i måneden, ca. tre timer hver gang. EMD fant at dette var en krenkelse av artikkel 8 fordi omfanget av samværsretten ble ansett å være for liten til å til å muliggjøre en tilbakeføring. EMD kom likevel til at siden det var gått syv år siden omsorgen ble fratatt foreldrene så var en slik samværsordning tilstrekkelig nå. I dommen oppstilles det videre en plikt for barneverntjenesten å arbeide for gjenforening med «progressively increasing force» fra omsorgsovertakelsen.

I Andersson mot Sverige¹²¹ ble det akseptert at det i visse tilfeller kan være anledning til å ha samværsnekt. Men retten fant at den svenske stats begrunnelse for et så omfattende inngrep var utilstrekkelig, og var krenkelse av artikkel 8.

Ut fra de dommene som er presentert fremgår det klart at EMD vektlegger hensynet til gjenforening i større grad enn det gjøres i norsk rettspraksis. Målet om gjenforening må veies opp mot andre hensyn, slik at resultatet blir til barnets beste. I Rieme mot Sverige¹²²

¹¹⁸ Loftsgaard og Alstad i Tjomsland, 2003 s. 83

¹¹⁹ Dom av 12 juli 2001

¹²⁰ Loftsgaard og Alstad i Tjomsland, 2003, side 89

¹²¹ Dom av 24 februar 1992

¹²² Dom av 22.april.1992

ble omsorgen for ei jente som hadde vært under det offentlige omsorgs siden hun var 11 måneder, tilbakeført til faren da jenta var åtte år. Det ble fattet vedtak om flytteforbud, noe som var begrunnet i jentas sykdom, samt sterke tilknytning til fosterforeldre. Det var behov for at forholdet mellom jenta og faren ble bygd opp gradvis, og dette måtte veie tyngre enn farens interesse i å få datteren hjem.

4.3.2.3 Adele Johansen mot Norge¹²³

Adele Johansen ble i 1989 fratatt omsorgen for sin nyfødte datter og sin 12 år gamle sønn. Senere ble det fattet vedtak om å frata Johansen omsorgen og foreldreansvaret for datteren. Datteren ble plassert i fosterhjem med sikte på adopsjon og moren ble nektet samvær. EMD kom til at omsorgsovertakelsen, og begrunnelsen for å beholde omsorgen ikke var en krenkelse av artikkel 8, og kravet om at inngrepet må være «nødvendig i et demokratisk samfunn» var oppfylt. EMD tok utgangspunkt i at omsorgsovertakelse i utgangspunktet er et midlertidig vedtak, og at alle tiltak i tilknytning til omsorgsovertakelsen skal være i samsvar med målsettingen om gjenforening. Domstolen la vekt på at det må foretas en avveining mellom barnets interesser i fortsatt å være under det offentlige omsorg, og foreldrenes interesser i å bli gjenforent med barnet.¹²⁴ Det fremgår at EMD anså inngrepene i denne saken som spesielt alvorlige, da Johansen ble helt avskåret fra å ha kontakt med datteren, noe som ikke var forenelig med gjenforeningsmålet.¹²⁵ Det ble uttalt at vedtak som ikke har gjenforening som mål, slik som nektelse av samvær, kun er berettiget i ekstraordinære tilfeller (exceptional circumstances), og bare kan rettferdiggjøres dersom tiltaket er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste.¹²⁶

¹²³ Dom av 7. august 1996

¹²⁴ Loftsgaard og Alstad i Tjomsland, 2003, s. 108.

¹²⁵ Ibid. s109.

¹²⁶ Adele Johansen, avsnitt 78

5 Momenter av betydning ved fastsettelse av samværsretten

5.1 Utgangspunkt

Barnevernloven angir i § 4-1 at

«Ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Herunder skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.»

Å kunne gi barnet både stabil og god voksenkontakt, samt kontinuitet i omsorgen vil ofte være problematisk i barnevernssaker. Barnet er plassert utenfor hjemme fordi den omsorgen han eller hun fikk ikke var god og/eller stabil nok.¹²⁷ Samvær med biologiske foreldre anses i utgangspunktet som å ha stor verdi for barnet, også etter omsorgsovertakelse.¹²⁸ Det er likevel slik at fortsatt kontakt med foreldrene etter omsorgsovertakelse kan gjøre at barnet blir værende i en dårlig og ustabil omsorgssituasjon. Utfordringen blir derfor å veie de to hensynene *stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen* mot hverandre.¹²⁹ I hvor stort omfang det skal være samvær er en sammensatt vurdering, hvor mange ulike momenter kommer inn. Barnets beste vil som nevnt være utgangspunktet, men utover dette gir loven lite veiledning. Sosiallovutvalget uttalte:

«Når det gjelder de ulike måter å regulere samværsretten på, har utvalget ikke funnet grunn til å forslå noen regler. Praksis i barnefordelingssaker viser de aktuelle alternativene»¹³⁰.

Avhandlingen vil i den videre fremstillingen presentere de ulike momentene som gjør seg gjeldende når samværets omfang skal fastsettes.

¹²⁷ Haugli og Havik, 2010, s. 83.

¹²⁸ Ofstad og Skar, 2009, s. 156

¹²⁹ l.c

¹³⁰ NOU 1985: 18, s. 168. For mer se punkt 4.2.1.

5.2 Momenter i vurderingen ved fastsettelse av samværets omfang

5.2.1 Mål og varighet ved plasseringen

5.2.1.1 Utgangspunkt

Av forarbeidene til barnevernloven fremgår det at formålet med omsorgsovertakelsen er av betydning for omfanget av samværsretten.

«Omfanget av samværsretten henger sammen med spørsmålet om vedtakets varighet og hva som vil være målsetting med vedtaket. I praksis vil det være disse forholdene som bestemmer samværsrettens omfang»¹³¹

Samværet skal ikke undergrave det som må anses som formålet bak omsorgsovertakelsen.¹³² Haugli uttaler i sin bok at det ikke er nødvendig med et bestemt siktemål med samværet. Utgangspunktet er at samværet skal være til barnets beste.¹³³ Samværsretten er begrunnet i det biologiske prinsipp, og tanken om at foreldre og barn har et bånd som naturlig binder dem sammen. Likevel er det slik at barnets behov for beskyttelse i noen tilfeller må veie tyngre enn båndet mellom foreldre og barn. Samfunnet må da gripe inn og regulere samværet, og i visse tilfeller bestemme at det er til barnets beste at samvær nektes.¹³⁴

Barnevernloven § 4-15 tredje ledd sier at barneverntjenesten allerede ved omsorgsovertakelsen skal ha en plan for barnets videre omsorgssituasjon. På denne måte skal alle involverte parter, det være seg barnet, foreldrene, fosterforeldre, besteforeldre og andre involverte, ha et mål og et tidsperspektiv å forholde seg til. Samværets omfang må på denne bakgrunn fastsettes i sammenheng med denne planen. I de situasjoner hvor barnet plasseres som del av en krisesituasjon vil vurderingstema være andre enn ved plassering med tanke på adopsjon. I førstnevnte tilfellet vil det være naturlig at samværet tar sikte på å opprett-

¹³¹ Ot.prp. nr 44 (1991-92), s. 51.

¹³² Haugli, 2000, s. 273

¹³³ L.c

¹³⁴ L.c

holde hyppig kontakt mellom foreldre og barn, med nettopp den bakgrunn at barnet skal tilbakeføres. Ved samvær i saker hvor plasseringen tar sikte på adopsjon, vil ikke siktemålet være det samme. Her vil formålet med samværet være at barnet vet hvem foreldrene er, og kan opprettholde kontakten med sine biologiske foreldre.¹³⁵

Plasseringens antatte varighet henger nært sammen med formålet med plasseringen. Jeg skal i det videre se på ulike typer plasseringer, og se hen til hvordan dette påvirker samværets omfang.

5.2.1.2 Kortvarige plasseringer

Ved plasseringer som antas å være kortvarige er det spesielt viktig at barnet opprettholder kontinuitet i samværene foreldrene med tanke på en nærværende tilbakeføring. Dette er slått fast i RT. 1998 s.787 (side 791) samt i forarbeidene til barnevernloven.¹³⁶ I hvor stort omfang det skal være samvær må vurderes i hvert enkelt tilfelle, hvor barnets alder og modenhet vil være avgjørende faktorer.¹³⁷

5.2.1.3 Langvarige plasseringer

Lovens utgangspunkt om samværsrett gjelder også ved langvarige plasseringer jf. RT. 1998 s. 787 (side 791). Foreldrenes muligheter til å gi barnet/barna forsvarlig omsorg anses som små ved langvarige plasseringer. Målet med plasseringen vil være at barnet skal oppleve en trygghet og tilhørighet der de bor, og at fosterfamilien skal oppleves som et trygt sted å vokse opp.¹³⁸ Likevel er det antatt at det har en spesiell verdi for barnet å kjenne til sine biologiske foreldre.¹³⁹ I dom inntatt i RT 1997 s. 534, som gjaldt spørsmål om hvorvidt moren skulle fratas foreldreansvaret og om det skulle gis samtykke til, kom Høyesterett til at adopsjonssamtykke ikke skulle gis, og at moren ikke skulle fratas foreldre ansvaret. Mo-

¹³⁵ Haugli, 2000, s. 274.

¹³⁶ NOU 1985: 18, s. 162.

¹³⁷ Haugli og Havik, 2010, s. 91. For mer om barnets alder, se punkt 5.2.2

¹³⁸ Ibid, s. 95.

¹³⁹ Se punkt 3.3 for mer om det biologiske prinsipp

ren hadde blitt fratatt sine to sønner, som da var ett og tre år, i 1989. Høyesterett viste i sin begrunnelse til at barna hadde behov for samvær med moren, og at det var uklart i hvilken grad fosterforeldrene ville opprettholde samværet ved en eventuell adopsjon.¹⁴⁰

Ved langvarige plasseringer vil formålet være at barnet får kjennskap til biologisk opphav, og at det kan skapes en relasjon etter hvert som barnet vokser opp. Høyesterett uttaler i RT 1998 s. 787 følgende om vurderingen om betydningen av at plasseringen anses som langvarig:

«Hvis tilbakeføring ikke kan påregnes eller en tilbakeføring ligger langt fram i tid, tar samvær sikte på at barnet skal få kjennskap til sitt biologiske opphav med henblikk på en eventuell senere tilknytning når barnet vokser til.».

Dommen omhandler samvær mellom far og sønn (11år). Sønnen hadde vært i fosterhjem i syv år, og samvær var nektet for begge foreldrene de siste seks årene. Høyesterett viser til at selv en langvarig plassering i seg selv ikke er nok til å nekte samvær. Samværets omfang ble satt til seks timer hver fjerde måned. Hvis man ser på hvilket nivå Høyesterett har lagt seg på i forhold til omfanget av samvær, så er antall samvær ved langvarige fosterhjems-plasseringer oftest satt til mellom tre og seks ganger i året.¹⁴¹

5.2.1.4 Uavklart mål

I mange av tilfellene vil ikke barneverntjenesten ha et fullstendig bilde av det endelige siktemålet med omsorgsovertakelsen på vedtaksstadiet. Det kan være usikkerhet knyttet til foreldrenes psykiske tilstand, deres rusavhengighet og/eller generelle evne til å gi omsorg. Når formålet og varigheten med plasseringen er avgjørende momenter når omfanget av samværsretten skal fastsettes, vil det skape særlige utfordringer i saker hvor dette er uklart.¹⁴² Haugli viser i sin doktorgradsavhandling til at det er særlig viktig å vise aktsomhet når det gjelder begrensning i kontakt mellom foreldre og barn i disse situasjonene, fordi

¹⁴⁰ Side 541 i dommen. For mer se punkt, 5.2.1.5

¹⁴¹ Se RT 2012 s. 1832, avsnitt 37

¹⁴² Haugli, 2000, s. 277.

vedtaket som blir fattet tidlig i saken ofte påvirker utviklingen videre.¹⁴³ Den europeiske menneskerettighetsdomstolens avgjørelse i Adele Johansen saken er relevant i forhold til denne problemstillingen.¹⁴⁴ EMD uttalte i saken at et hvert inngrep i samværsretten må være forenlig med målet om gjenforening. Dersom siktemålet med plassering er usikkert er det spesielt viktig å legge opp til en samværsordning som ikke forhindrer eller vanskeliggjør tilbakeføring. Det er likevel viktig at barnet ikke føler at det bor et sted på «lånt tid». Det må gis anledning til å skape gode relasjoner i forhold til beredskaps- eller fosterhjem. I juridisk teori fremgår det at ett alternativ er å fastsette samværets omfang slik at det fremhever målet om å opprettholde tilknytning til biologiske foreldre, men samtidig gir barnet mulighet til å skape tilknytning til fosterfamilie. Ved en eventuell tilbakeføring så kan samværet trappes opp i en overgangsfase.¹⁴⁵

5.2.1.5 Siktemål adopsjon

Etter tidligere rett var utgangspunktet at all kontakt mellom barnet og dens biologiske foreldre ble kuttet ved adopsjon. I RT 1997 s. 534 ble adopsjon nektet fordi retten fant at det var i barnas interesse å ha kontakt med moren. Høyesterett uttalte i saken at lovgiver burde se på muligheten for samvær mellom barn og biologiske foreldre også etter adopsjon. I Ot.prp. nr. 69 (2008-09) Om lov og endringer i barnevernloven, gikk departementet inn for en økt bruk av adopsjon som barneverntiltak.¹⁴⁶ Det ble i etterkant vurdert om det skulle legges til rette for at det kunne være samvær mellom biologiske foreldre og barna også etter adopsjon. Barnevernloven fikk ved lovendring av 4. juni. 2010 nr. 18 en ny § 4-20a som regulerer besøkskontakt mellom foreldre og barn *etter* adopsjon. Et sentralt hensyn bak bestemmelsen er at det skal bli lettere å treffe adopsjonsvedtak når barnet er plassert i langvarige opphold i fosterhjem. I Prop. 7 L. (2009-10) uttaler departementet:

¹⁴³ I.c

¹⁴⁴ Se punkt 4.3.2.3 for mer om dommen.

¹⁴⁵ Haugli, 2000, s. 277.

¹⁴⁶ Ot.prp. nr 69 (2008-09) s. 33

«Departementet er kommet til at det bør åpnes for en rett til å ha en begrenset kontakt der forholdene ligger til rette for det. (...)Formålet med en slik kontakt er å gi barnet anledning til å ha en viss kontakt med biologiske foreldre og dermed få kunnskap om sitt opphav, samtidig som barnet får den stabilitet, sikkerhet og varighet i omsorgssituasjonen som adopsjonen gir.»¹⁴⁷

I motsetning til samvær ved omsorgsovertakelse, så skal samvær etter adopsjon kun vurderes dersom en av partene krever dette, jf bvl § 4-20a første ledd. Videre stilles det her, som i andre saker etter barnevernloven, krav til at samværet må være til barnets beste. Når det gjelder omfanget av besøksretten er det fylkesnemnda som skal ta stilling til dette. I Proposisjonen til lovendringen uttalte departementet at det handler om en begrenset besøksrett, og at det vil være aktuelt med i «høyden noen få besøk i løpet av året».¹⁴⁸ Det legges vekt på at det må være til barnets beste å ha kontakt med foreldrene, og at bestemmelsen vil gjelde i svært få tilfeller.¹⁴⁹

5.2.2 Forhold ved barnet

5.2.2.1 Barnets alder

Barnets alder er en viktig faktor når samværsrettens omfang skal fastsettes. Undersøkelser av rettspraksis og fylkesnemndpraksis viser at det er sammenheng mellom barnets alder og begrensingene som blir fastsatt i samværsretten.¹⁵⁰ Det er særlig i forhold til de yngste barna det settes begrensninger. Årsaken til dette er hovedsakelig at små barn er særlige sårbare. De ikke har rukket å etablere en sterk tilknytning til foreldrene, sammenliknet med barn som blir plassert senere i barneårene. Eldre barn vil ikke trenge så mye samvær som de minste, da den grunnleggende tilknytningen allerede er på plass.

¹⁴⁷ Prop. 7 L. (2009-10) s. 5

¹⁴⁸ Prop. 7 L. (2009-10) s. 31

¹⁴⁹ Ibid s. 26

¹⁵⁰ Se blant annet Haugli, 2000, s. 49 flg og Haugli og Havik, 2010, s. 49 flg.

Formålet med samværene og plasseringens varighet vil være viktige faktorer. Dersom det er mulighet for tilbakeføring innen kort tid, vil små barn trenger hyppigere samvær enn eldre barn.¹⁵¹ Små barn vil rask kunne opparbeide seg tilknytning til nye omsorgspersoner, men det vil ta tid før tilknytningen er tilstrekkelig trygg.¹⁵² Det er antatt at samværene bør ha en slik hyppighet at barna ikke bare *kjenner til* foreldrene, men at de *kjenner dem igjen*.¹⁵³ Når det fastsettes strengere samværsrestriksjoner for de yngste barn kan en annen årsak være at de yngste barna krever mer beskyttelse enn eldre barna, som i større grad har mulighet til å si fra eller beskytte seg selv. Eldre barn har også evnen til å ha et forhold til både biologiske- og fosterforeldre, og mange opplever å ha tilhørighet til begge.¹⁵⁴

Haugli og Havik viser i sin bok til undersøkelser fra fylkesnemndpraksis fra 1993. En stor andel av barna var under 1 år (27/141). Det er i materialet en klar tendens til at de strengeste begrensningene i samværet ble fastsatt for de yngste barna. Dette gjaldt både hyppighet og varighet.¹⁵⁵

I ni av femten saker om samværsrett som har vært behandlet i Høyesterett var barnet under ti år. Det er ikke lett å se hvilken betydning alder i seg selv er tillagt, fordi det er andre faktorer som tillegges betydelig vekt, som for eksempel særlig behov ved barnet, barnets reksjoner på samværene og forholdet til foreldrene.¹⁵⁶ Dette er likevel momenter som kan knyttes nært opp til barnets alder.

5.2.2.2 Barnets særlige behov/ personlige egenskaper ved barnet

Foreldrenes svikt i omsorgen vil i de fleste tilfeller sette spor hos barna, og vil i mange tilfeller føre til at barnet har behov for tilrettelagt omsorg. I tilfeller hvor barna har fysiske eller psykiske funksjonshemninger, settes det ekstra store krav til omsorgspersonene.

¹⁵¹ Ibid, s. 287 flg.

¹⁵² Haugli og Havik, 2010, s. 102.

¹⁵³ Ibid, s. 290.

¹⁵⁴ Haugli og Havik, 2010, s.103

¹⁵⁵ Haugli og Havik, 2010, s. 103.

¹⁵⁶ l.c

Å se på hvilke behov barnet har vil være viktig når omfanget av samværsretten skal fastsettes. Det må foretas en vurdering av hvordan barnets behov best mulig kan ivaretas, og dette må veies opp mot andre forhold ved barnet og foreldrene.¹⁵⁷ Barnas spesielle behov for omsorg trekkes særlig frem som argument når samværsretten begrenses. Høyesterett har ved to anledning nektet samvær, med bakgrunn i at barna var sterkt skadet.¹⁵⁸

I mange av sakene Trude Haugli undersøkte i forbindelse med sin doktorgradsavhandling, er barna «usynlige». Det fremgår lite eller ingen informasjon om hvordan barnet opplever forholdene, og på hvilken måte den sviktende omsorgen har innvirket på barnet. Haugli fremhever at hun ikke fant noen sammenheng mellom forholdene ved barnet som har medvirket til omsorgsovertakelsen, og resultatene som fylkesnemnda kom til i samværsspørsmålet. Dette kan tyde på at barnets problemer og personlige egenskaper ikke er en avgjørende faktor når omfanget skal fastsettes.¹⁵⁹ Når det så er fastslått at vedtak skal fattes ut fra det som anses å være barnets beste, må det anses som en svikt i praksis at barnets problemer, styrker og ressurser, forhold til foreldrene og forventede reaksjoner i forbindelse med samværet ikke har vært nøye vurdert. Barn som er godt rustet vil kunne komme godt ut at samvær med foreldrene, selv i saker hvor konfliktnivået er høyt. Er det derimot et skadet eller sårbart barn, vil vurderingen være en annen, og barnet vil ikke ha glede av samværet på samme måte. De positive virkningene av samværet må veies opp mot de negative konsekvensene.¹⁶⁰ Et viktig vurderingstema være å se på barnets reaksjoner i forbindelse med samværene.

5.2.2.3 Barnets reaksjon på samværene

Det er helt naturlig at barnets reaksjoner på samvær med foreldrene er et moment i vurderingen når omfanget av samværsretten skal fastsettes. Det er mange følelser involvert, og barna kan reagere forskjellig. Når en sak kommer opp for domstolene vil det – i de fleste

¹⁵⁷ Ibid s. 108 -109

¹⁵⁸ Eks: RT 2002 s.908. Se punkt 4.2.2 for mer om samværsrestriksjoner.

¹⁵⁹ Haugli, 2000, s. 286.

¹⁶⁰ Haugli, 2000, s. 286-287

tilfeller, allerede foreligge et erfaringsmateriale i forhold til gjennomføring av samværene og barnets reaksjoner. Dette gjelder særlig i saker for Høyesterett, hvor det har gått lang tid siden omsorgsovertakelsen.

Lovens utgangspunkt er at det skal være samvær mellom barn og foreldre også etter en omsorgsovertakelse. Derfor må det aksepteres noen negative reaksjoner hos barnet i forbindelse med samværet.¹⁶¹ Det vil være mange følelser for barnet, enten det er glede, savn eller at det gruer seg. Noe som kan resultere i problemer som hodepine, magesmerter, konsentrasjonsplager med mere.¹⁶² Å finne årsaken til reaksjonene vil være et viktig steg for å finne ut hva som vil være til det beste for barnet. Ved å undersøke årsaken kan man se om det er problemer som kan bearbeides eller løses. I tilfeller hvor det fastsettes sjeldne samvær kan barnet reagere negativt. Foreldrene kan oppleves som fremmede for barnet, og det kan være vanskelig for barnet å vite hvordan det skal forholde seg til de biologiske foreldrene.¹⁶³ I noen tilfeller kan det derfor være aktuelt å øke antall samvær, slik at barnet får en bedre og mer kontinuerlig tilknytning til foreldrene. På den måten vil samværet bli et gode for barnet også. I andre tilfeller ser man at belastningen blir for stor for barnet til at dette er aktuelt, og i visse tilfeller kan samvær nektes helt.¹⁶⁴

Haugli fremhever at det må forventes og aksepteres enkelte problemer i forbindelse med gjennomføringen av samværet, men fremhever at det må gå en grense. Haugli viser til psykologisk litteratur hvor det fremgår at spørsmålet må være om barnet blir så forstyrret at det går utover viktige oppgaver som for eksempel sosiale ferdigheter og tilknytning. En mild grad av uro over noen dager må aksepteres, mens mer kraftige reaksjoner som aggresjon og depressive og psykosomatiske reaksjoner i form av at barnet tisser på seg eller mister kontroll over avføring, ikke kan tolereres over annet enn korte perioder.¹⁶⁵ I RT 2002 s. 908

¹⁶¹ *ibid*, s. 284

¹⁶² *l.c*

¹⁶³ *Ibid*. s. 285

¹⁶⁴ *l.c*. Se også punkt 4.2.2 for mer om samværsnekt.

¹⁶⁵ Haugli, 2000, s. 285

hadde den seks år gamle jenta reagert sterkt på samværene. Det hadde vært tilfeller hvor hun i etterkant fikk diare som kunne vare opp til en uke, samt ildrøde utslett. Høyesterett kom etter en bred drøftelse til at samvær skulle nektes.¹⁶⁶

Barnets reaksjoner henger nøye sammen med andre faktorer som har betydning for samværets omfang. Praksis fra Høyesterett viser at domstolene har nektet å gi samtykke til adopsjon i saker hvor samværene mellom barn og foreldre har fungert godt, og hvor det anses til barnets beste og fortsatt ha samvær med foreldrene. RT 2001 s. 14 kom Høyesterett til at samtykke om adopsjon skulle nektes, samtidig som samværsretten skulle økes. Saken gjaldt tre barn i alderen, syv, åtte og ti år. Flertallet fremholdt at samværene mellom barna og moren var hyggelige og ikke bød på problemer. I RT 1997 s. 534 avslo Høyesterett kravet om å gi samtykke til adopsjon for to gutter på elleve og ni år, som hadde vært under barnevernets omsorg i åtte år. Sakkyndige i saken konkluderte med at det også i fremtiden ville være viktig for barna å ha en regelmessig og utvidet samværsrett med sin mor. Guttene ble vurdert å ha en «betydelig emosjonell energi rettet mot biologisk mor.»¹⁶⁷

5.2.2.4 Barnets mening

Barnevernloven § 6-3 1. ledd fastslår at barn som er syv år eller eldre skal gis mulighet til å uttale seg i saker som berører dem. Også barn under syv år kan gis samme mulighet etter en nærmere vurdering.¹⁶⁸ Samværsretten er ikke direkte nevnt i bvl. § 6-3, men det er antatt at hovedregelen i første ledd gjelder også der.¹⁶⁹ Det vil være aktuelt at barnet uttaler seg angående spørsmål om samværets hyppighet, varighet, tid, sted og så videre. Det er imidlertid viktig å presisere at barnet ikke skal tvinges til ta standpunkt, men at det ut fra barnets egne forutsetninger har rett på at deres meninger blir sett, hørt og forstått.¹⁷⁰ Vekten av barnets

¹⁶⁶ For mer om samværsnekt og en nærmere behandling dommen, se punkt 4.2.2 flg.

¹⁶⁷ RT 1997 s. 534 side 539.

¹⁶⁸ For mer om barnets rett til å bli hørt, se punkt 3.5

¹⁶⁹ Haugli, 2000, s. 290.

¹⁷⁰ Haugli, 2000, s.291

mening vil variere fra sak til sak, og det blir en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.¹⁷¹ Dom inntatt i RT 1996 s. 1684 gjaldt spørsmål om opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse for tre gutter på henholdsvis 15, 13 og 11 år. De to eldste barna vekslet mellom å ville bo i fosterhjem og å flytte hjem til foreldrene. På den bakgrunn uttalte førstvoterende på side 1693 i dommen følgende: «*Etter de opplysninger som foreligger for Høyesterett om barnas skiftende syn, finner jeg liten veiledning i deres uttalelser.*» I RT 1996 s. 1684, som gjaldt spørsmål om omsorgsovertakelse av fem brødre i alderen 4 til 14 år, uttalte Høyesterett at selv om det skal legges vekt på hva barnet mener etter § 6-3 så innebærer ikke det at barnets mening uten videre skal følges.¹⁷² Det kan være andre momenter som veier tyngre, og som tilsier en annen løsning enn hva barnet fremlegger.

For å finne barnets syn på samværet vil det, foruten å se på barnets direkte uttalelser, være mulig å analysere barnets reaksjon og adferd både før, under og etter samvær.¹⁷³

Barnets ønske om at det ikke skal være samvær, ville kunne føre til at samvær nektes. Som eksempel kan man se på RT 2004 s. 1046.¹⁷⁴ Saken gjaldt en multifunksjonshemmet jente som hadde vært i fosterhjem i cirka seks år. Jenta var avhengig av omfattende oppfølging. Det var i tidligere rettsinstanser antatt at jenta var mishandlet av sine foreldre, og at det var årsak til hennes funksjonshemming. Det hadde vært mange samvær mellom foreldrene og jenta siden omsorgsovertakelsen, men da samværsordningen fungerte dårlig hadde det stadig blitt fastsatt færre samvær. Høyesterett kom etter en bred og sammensatt vurdering til at det ikke skulle tilkjennes samvær. Det ble lagt vekt på jentas motvilje mot å besøke foreldrene, jf. Bvl. §6-3, samt at kontakt med foreldrene kunne føre til reaktivering av tidligere traumer i forbindelse med mishandling.

¹⁷¹ Se punkt 3.5 for mer.

¹⁷² Side 1711 i dommen.

¹⁷³ Haugli, 2000, s. 291

¹⁷⁴ Saken er tidligere omtalt i punkt 4.2.2

Barnets rett til å bli hørt er en sentral rettighet både etter nasjonal lovgivning, samt etter barnekonvensjonen. Dette medfører at barnets mening i utgangspunktet bør veie tungt når omfanget av samværsretten skal fastsettes.

5.2.3 Betydningen av foreldrenes personlige egenskaper og problemer

5.2.3.1 Utgangspunkt

At foreldrenes personlige egenskaper og problemer er et viktig moment og må tillegges sentral vekt i vurderinger av samværets omfang må synes klart. Forholdene som ligger til grunn for omsorgsovertakelsen vil være av sentral betydning i denne vurderingen. Det er likevel viktig å presisere at det ikke bare er foreldrenes negative egenskaper som må vektlegges. Foreldrene kan ha mange positive sider selv om de ikke har den omsorgsevne som samfunnet finner tilstrekkelig.¹⁷⁵ Når lovens utgangspunkt er at det skal være samvær også etter en omsorgsovertakelse, vil dette innebære at samvær i utgangspunktet skal utøves på tross av foreldrenes negative egenskaper.¹⁷⁶ I det videre vil jeg gi en fremstilling av ulike årsaker som har ført til omsorgsovertakelse, og se hvilken betydning disse har for samværs spørsmålet.

5.2.3.2 Betydningen av at det foreligger en generell omsorgssvikt

I de alle fleste sakene hvor det blir fattet vedtak om omsorgsovertakelse har det vært en generell omsorgssvikt. Den kan ha manifestert seg som svikt i den daglige fysiske omsorgen, da med tanke på kosthold, påkledning og hygiene i hjemmet, samt boforhold. I mange av tilfellene har hverdagen vært preget av uforutsigbarhet og mangel på personlig kontakt og tilknytning med foreldrene. Oppfølging av skole og barnehage er ofte dårlig, og det er mangel på grensesetting. En slik situasjon vil oppleves som kaotisk og lite stabilt for et

¹⁷⁵ Haugli, 2000, s. 293.

¹⁷⁶ I.c.

barn. I tilfellene hvor disse manglene ved omsorgsevnen ikke kan avhjelpes ved hjelpetiltak, kan det være aktuelt å ta omsorgen fra foreldrene.¹⁷⁷

I rettspraksis finner man eksempel på en sak hvor det forelå generell omsorgssvikt i RT 1996 s. 1684. Saken dreide seg om opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse, bvl. § 4-21, for tre barn på 15, 13 og 11 år. Omsorgen var i utgangspunktet fratatt foreldrene fordi faren slo, og det var mistanke om seksuelle overgrep fra farens side. Det ble i dommen fastslått at barna hadde vært utsatt for en «klar omsorgssvikt»¹⁷⁸ Barna hadde et særskilt omsorgsbehov, og til tross for at foreldrenes omsorgsevne var bedret, anså flertallet at det forelå en betydelig risiko for skadevirkning ved tilbakeføring.

Trude Haugli fremhever i sin bok at hvilke konsekvenser omsorgsovertakelsen skal få for samværsspørsmålet må bero på hvilke konsekvenser omsorgssvikten har hatt for barnet.¹⁷⁹ I tilfellet over ser vi at Høyesterett viser til at omsorgssvikten har resultert i barn med et særlig omsorgsbehov, og at en eventuell tilbakeføring vil kunne medføre risiko for skadevirkninger.

Den generelle omsorgssvikten har ofte sammenheng med andre problemer hos foreldrene. Dette kan blant annet være rus, psykiske problemer eller manglende ressurser.

5.2.3.3 Betydningen av økonomiske problemer, dårlige boforhold, sviktende nettverk og liknende

Økonomiske problemer i seg selv er ikke en tilstrekkelig årsak for å fatte vedtak om omsorgsovertakelse eller å foreta begrensninger i samværsretten.¹⁸⁰ Det må foreligge andre faktorer i tillegg. Dersom det påløper utgifter for foreldrene i forbindelse med gjennomføring av samvær som er fastsatt av fylkesnemnda, f. eks reiseutgifter o.l., skal barneverntjenesten ta ansvar for å dekke disse kostandene i tilfeller hvor foreldrene selv ikke har mulig-

¹⁷⁷ Ibid s. 296

¹⁷⁸ RT. 1996 s. 1684 side 1694

¹⁷⁹ Haugli, 2000, s. 296.

¹⁸⁰ Haugli, 2000, s. 297

het, jf. bvl § 9-1. Det er dessverre ikke alltid slik at barna blir plassert i fosterhjem i nærheten av foreldrenes bosted. Det er derfor et viktig poeng at foreldrenes økonomi ikke er en hindring for gjennomføring av samværene. Dersom foreldrene må ut med kostander i forbindelse med reisevei, er dette noe barneverntjenesten skal dekke, slik at foreldrenes økonomi ikke blir skadelidende på grunn av samværene.

5.2.3.4 Betydningen av at foreldrene er umodne, psykisk utviklingshemmet eller fysisk syke

I de tilfeller hvor omsorgssvikten skyldes at foreldrene er umodne, psykisk utviklingshemmede eller fysisk syke må betydningen dette skal ha for samværet avgjøres ut fra hvilke utslag det gir seg i forholdet mellom barnet og foreldrene. Dersom barnet kan utsette for risiko ved samvær, kan det vurderes å sette inn tilsyn, eller gjennomføre samværet i fosterhjemmet.¹⁸¹ Det er også relevant hva som anses som målet med samværet. Det må, her som i andre tilfeller, gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle hvor barnets beste vil være den veiledende norm.

5.2.3.5 Betydningen av problemer med rusmisbruk og/eller psykiske lidelser

Å være rusmisbruker eller psykisk syk i form av å være alvorlig manisk depressiv, schizofren, ha paranoide personlighetsforstyrrelser, alvorlig angst eller suicidal, er opplagt ikke alltid forenlig med å utøve omsorg for et barn. I enkelte saker er det en kombinasjon av rus og psykiske lidelser. Et langvarig rusmisbruk vil kunne føre til psykiske problemer, og psykiske lidelser kan føre til rusmisbruk. Disse problemene kan også opptre helt uavhengige av hverandre.¹⁸²

I saker hvor foreldrene har slike problemer, er det åpenbart at dette vil få konsekvenser for samværsspørsmålet. En diagnose er likevel ikke tilstrekkelig i seg selv for å foreta begrensinger i den lovfestede samværsretten. Det avgjørende vil være hvordan problemene påvir-

¹⁸¹ Ibid s. 298.

¹⁸² Haugli, 2000, s. 298

ker forholdet mellom foreldrene og barnet, samt barnets reaksjon på samværene.¹⁸³ I situasjoner hvor foreldrenes adferd er skremmende for barnet, eller gir det ubehagelige opplevelser, kan det være at det beste for barnet å ikke treffe foreldrene i en periode. Foreldre som har problemer med rus kan ha gode perioder, hvor samvær kan anses som et gode for barnet. Det bør derfor kunne utvises en form for fleksibilitet i samværsordningen, slik at møter mellom foreldrene og barnet kan gjennomføres i de tilfeller hvor samværet anses å være til barnets beste. Avgjørende her vil være hvordan de andre faktorene, som for eksempel barnets reaksjoner og mening, spiller inn.

5.2.3.6 Særlig om fare for mishandling eller seksuelle overgrep

I tilfellene hvor vedtak om omsorgsovertakelse ble fattet fordi barnet har vært utsatt for, eller det foreligger mistanke om, vold eller seksuell mishandling, er det mange hensyn som vil tale for nektelse av samvær. Dette er det også eksempler på i saker om samvær etter barneloven. I RT 1994 s. 940 som gjaldt sak om foreløpig samværsrett etter barneloven § 46, sluttet kjæremålsutvalget seg til lagmannsrettens tolkning om at det i saker om samvær etter barneloven ikke skal tas noen risiko dersom det er mistanke om seksuelle overgrep. Det må være klart at det også etter barnevernloven ikke skal tas noen større risiko enn etter barneloven, slik at uttalelsen vil gjøre seg gjeldende også her. Selv i saker hvor barnet har vært utsatt for mishandling eller overgrep, kan barnet ha et behov for å ha kontakt med foreldrene. Dette kan være for å kunne bearbeide det som har skjedd, eller fordi barnet har en tilknytning til foreldrene som det er ønskelig å opprettholde.¹⁸⁴ Gjennomføringen av samværene i slike tilfeller krever at barnevernstjenesten sørger for at nødvendige tiltak settes inn, slik at det fremstår som trygt for barnet. Eksempel på tiltak kan være tilsyn eller samvær i fosterhjemmet. Barnets mening og reaksjon på samværene vil være sentrale momenter i vurderingen.

¹⁸³ Ibid s. 301.

¹⁸⁴ Haugli, 2000, s. 302.

5.2.4 Betydningen av konfliktnivået i saken

Det er spesielt tre typer konflikter i samværssaker. For det første kan det være konflikt mellom foreldrene og barneverntjenesten. De fleste foreldre har et konfliktfylt forhold til barneverntjenesten, og det kan ikke alltid forventes at foreldre som blir fratatt omsorgen for barna sine er innstilt på å samarbeide med barneverntjenesten. En konflikt skal likevel ikke tillegges vekt når samværets omfang skal fastsettes. Dette må anses som utenforliggende forhold, som fylkesnemnda og retten skal se bort fra.¹⁸⁵

Videre kan det foreligge en konflikt mellom foreldrene og fosterforeldre. Hvis man ser på barnefordelingssakene etter barneloven, så forventes det en viss grad av konflikt knyttet til samværssituasjonene.¹⁸⁶ Det samme vil i mange tilfeller også gjelde i samværssituasjoner tilknyttet barnevernloven. Det er fosterforeldrene som må takle barnets reaksjoner både i forkant og etterkant av samvær. Det er helt naturlig at de har behov for å beskytte barnet. Det kan skape konflikter med foreldrene, noe som igjen kan føre til uro for barnet.¹⁸⁷ Når en samværssak blir brakt inn for retten, og i visse tilfeller kommer til behandling i Høyesterett, er dette krevende både følelsesmessig og tidsmessig også for fosterforeldrene. Mange av sakene har vært mange runder i domstolene før det kommer en endelig avgjørelse. I RT 1997 s. 534 uttalte Høyesterett at «Det er ingen tvil om at de årelange tvistene har utsatt fosterforeldrene og ikke minst barna for belastninger»¹⁸⁸ Moren hadde i saken ikke forsont seg med omsorgsovertakelsen, og hun hadde et anstrengt forhold til fosterforeldrene. Det hadde vært kontinuerlige saker i barnevernet og i domstolene siden vedtaket om omsorgsovertakelsen ble fattet.

Det må nok forventes at det i mange saker vil være konflikter mellom fosterforeldre og barnets biologiske foreldre. Men også her må regelen være at motvilje hos fosterforeldrene, enten det er knyttet til barnets reaksjoner eller konflikter med foreldrene, i utgangspunktet

¹⁸⁵ l.c

¹⁸⁶ l.c

¹⁸⁷ l.c

¹⁸⁸ For mer om saken se punkt 5.2.2.3

ikke skal være til hinder for samvær. Det må likevel gjøres en vurdering i de tilfellene hvor konfliktnivået er meget høyt, og barnet blir satt i en lojalitetskonflikt.¹⁸⁹ Det må her legges til grunn at det skal meget til for å nekte samvær.¹⁹⁰

Det kan videre foreligge konflikter mellom barnet og foreldrene. I enkelte tilfeller vil konfliktene være så sterke at det ikke vil være til barnets beste å ha samvær med foreldrene. Konflikten kan for eksempel gjelde uenighet angående religionsutøvelse eller sinne i forhold til tidligere omsorgssvikt. I en slik situasjon kan likevel samvær mellom partene være nødvendig for å løse de konfliktene som foreligger.¹⁹¹

5.2.5 Forhold ved plasseringsstedet

Når det kommer til plasseringssted vil valget stå mellom plassering i fosterhjem eller på institusjon. Den geografiske avstanden mellom plasseringsstedet og foreldrene, samt fosterforeldrenes evne og vilje til å samarbeide i forbindelse med samværene vil være av betydning. Men er det samværet som skal tilpasses forholdene ved plasseringsstedet, eller er det plasseringen som skal tilpasses samværet? Lovens utgangspunkt er hjemlet i bvl. § 4-15 første ledd, hvor det fremgår at det ved valg av plasseringssted blant annet skal legges vekt på «om det er mulig og ønskelig at barnet har samvær og annen kontakt med foreldrene»¹⁹² Dersom man konkludere med at det er ønskelig at barnet har kontakt med foreldrene, må man altså velge et plasseringssted hvor dette lar seg gjennomføre.¹⁹³ I Olsson saken uttalte EMD plassering skulle skje med tanke på tilbakeføring. Barna var plassert i fosterhjem henholdsvis 637 og 590 km fra foreldrenes hjem, med 100 km avstand innbyrdes.¹⁹⁴ Doms-tolen kom til at dette var brudd på EMK artikkel 8. Plasseringen må være forenelig med formålet av plasseringen, og må ikke være til hinder for gjennomføringen av samværet.

¹⁸⁹ Haugli, 2000, s. 304.

¹⁹⁰ For mer om vilkårene for nektelse av samvær se punkt 5.2.6

¹⁹¹ Haugli, 2000, s. 305

¹⁹² Bvl. § 4-15 første ledd, andre punktum

¹⁹³ Haugli, 2000, s.306.

¹⁹⁴ For mer om dommen se punkt 4.4.2.2

5.3 Oppsummering

Avhandlingens punkt 5.2 har gitt en fremstilling av de momentene som typisk går igjen når fylkesnemnda og domstolene skal fastsette samværets omfang. Gjennomgangen viser at det er mange forhold som er relevante, og at vurderingen blir en helhetsvurdering hvor omfanget skal fastsettes ut fra hva som anses å være til barnets beste, jf bvl. § 4-1. Forarbeidene og rettspraksis legger til grunn at plasseringens antatte varighet og formål er viktige momenter, men som alene ikke vil være avgjørende. Barnas reaksjoner på samværene tillegges stor vekt, særlig der det er spørsmål om å nekte samvær. Barnets reaksjoner er videre tett knyttet sammen med andre forhold ved barnet, slik som alder og personlige egenskaper.

Loven gir få føringer på hvilke momenter som er relevante, og det gis ingen føringer på hva som anses som et utgangspunkt for omfanget. Det må foretas en konkret skjønnsmessig vurdering i hvert enkelt tilfelle. Fordi dommene i barnevernssaker er så konkrete og skjønnspregede kan det være vanskelig å trekke ut av domsgrunnene hva som har vært det avgjørende vurderingstema i saken.¹⁹⁵ Det er ulikt fra sak til sak hvilke momenter som blir vektlagt, og det er derfor vanskelig å si noe helt generelt om hvilken betydning den enkelte faktor tillegges.

6 Avsluttende vurdering

6.1 Vurdering av gjeldende og fungerende rett

Avhandlingen har gitt en generell fremstilling av reglene om samvær etter omsorgsovertakelse, med særlig fokus på omfanget av samværsretten. Avhandlingen har vist at bvl § 4-19 gir både barnet og foreldrene rett til samvær med hverandre, også etter en omsorgsovertakelse. Det er innskrenkninger i denne retten som krever begrunnelse, og det må foreligge en

¹⁹⁵ Haugli, 2000, s. 47.

redegjørelse for hvilke momenter som tilsier at samværsretten kan begrenses.¹⁹⁶ Som nevnt i punkt 1.1 vil spørsmålet i de fleste sakene ikke være *om* det skal være samvær, men hvilket *omfang* samværsretten skal ha. Avhandlingens punkt fem gjennomgikk momenter som gjør seg gjeldende i denne vurderingen. Loven og forarbeidene gir liten veiledning, og det er opp til fylkesnemnda og domstolene å foreta en konkret skjønnsmessig vurdering, hvor resultatet skal være til barnets beste. Fremstillingen videre vil belyse noen av de utfordringene dette kan gi, og se på mulige årsaker og løsninger.

Som vist i avhandlingens punkt fem gir loven lite veiledning når samværets omfang skal fastsettes. Utgangspunktet er at tiltak som settes inn skal være begrunnet i hensynet til barnets beste, samt at det skal legges vekt på stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen. Dette er generelle utgangspunkter som ikke fører den enkelte sak spesielt langt på vei.

Undersøkelsene Trude Haugli gjorde av fylkesnemndspraksis i forbindelse med sin doktorgradsavhandling¹⁹⁷ viser at det ofte er dårlig sammenheng mellom konklusjonen og begrunnelsen som blir gitt. I en del av vedtakene er det ikke mulig å se hvorfor den valgte ordningen foretrekkes. Haugli fremhever at selv om det er slik at den valgte løsningen er god, så vil det være i strid med nødvendighetskravet i EMK artikkel 8,¹⁹⁸ når det ikke er tilstrekkelig begrunnet hvorfor denne løsningen velges fremfor andre løsninger.¹⁹⁹

To eksempler fra Høyesteretts praksis viser at det er vanskelig å se en konsekvent linje i rettspraksis. Dom inntatt i RT 2003 s. 425 dreide seg om en ren samværssak hvor jenta var fem år. Hun hadde vært under barnevernets omsorg siden hun var to år. Jenta hadde et godt forhold til fosterforeldrene, og det var antatt at plasseringen var langvarig. Det var ikke påvist negative reaksjoner i forbindelse med foreldresamvær. Jenta hadde regelmessig

¹⁹⁶ Se også Haugli, 2000, s. 422.

¹⁹⁷ Se punkt 2.1 for mer

¹⁹⁸ Se punkt 4.3.2 for mer om EMK artikkel 8

¹⁹⁹ Haugli, 2000, s. 422

samvær med søsken, besteforeldre og annen slekt. Samværet ble fastsatt til fire helger i året, med en varighet på seks timer lørdag og seks timer søndag. I RT 2006 s. 1672 ble det for en gutt på seks år fastsatt samvær seks ganger i året à seks timer, med hver av foreldrene. Gutten hadde et utrygt og lite utviklet forhold til foreldrene, og det var antatt at plasseringen var langvarig.

Det kan synes vanskelig å sammenlikne disse to sakene. Det er i begge tilfeller barn under ti år, hvor plasseringen antas å være langvarig. I den første saken fungerer samværene godt, og jenta har et godt forhold til foreldrene. Likevel blir det ikke fastsatt mer samvær enn fire helger i året, med til sammen 48 timers samvær. Reiseavstand mellom fosterforeldrene og biologiske foreldre var en faktor her. I den andre saken hadde gutten et lite utviklet forhold til foreldrene, og det fremgikk at gutten ble eksponert for foreldrekonflikter under samværene. Til tross for dette ble det i denne saken fastsatt et mye mer omfattende samvær enn i sak nr.1. Til sammen ble det samvær tolv ganger i året, à seks timer, til sammen 72 timer. Dommene viser den vanskelige individuelle vurderingen som må foretas i hver sak. Dette medfører at det ikke er lett å sammenlikne utfallet, fordi bakgrunnen og partene er ulike i hver enkelt sak.

Trude Haugli fremla i sin doktorgradsavhandling ulike grep som kan gjøres for at loven skal være bedre veileder. Haugli mener loven bør tydeliggjøre at samværsvedtak vil innebære et inngrep utover det som allerede er fastsatt gjennom omsorgsovertakelsen, og at dette derfor krever en særskilt begrunnelse.²⁰⁰

Haugli og Havik så i forbindelse med sin bok²⁰¹ på lagmannsrettsdommer fra 2007 og 2008.²⁰² Søk på lovdata viste at det tilsammen ble avsagt 21 dommer i 2007 og 2008 om samværsrett etter barnevernloven. Haugli og Havik fant at samværsspørsmålet ble behandlet svært knapt i saker hvor det ble behandlet samtidig med spørsmålet om omsorgsovertakelse. Der samværsspørsmålet behandles isolert, er drøftelsen grundigere. Videre er det

²⁰⁰ L.c

²⁰¹ Haugli og Havik, 2010.

²⁰² Ibid s. 57 flg.

ulikt om retten tar utgangspunkt i at det er en rett til samvær, og at det er begrensinger i denne retten som skal begrunnes, eller om samværet tildeles etter en særskilt begrunnelse. Resultatet var imidlertid at uavhengig av rettens utgangspunkt for vurderingen var utfallet relativt likt, og at det var få forskjeller i omfanget av samværet som ble tildelt. I 12 av de 21 lagmannsrettsdommene ble samværet fastsatt til fire ganger i året eller færre, og hvert samvær ble fastsatt fra to til fire timer. Haugli og Havik konkluderer med at det er vanskelig å se hvorfor det ble tildelt så lite samvær. Enkelte avgjørelser er begrunnet i barnets alder, uten at det går noe nærmere inn på hvilken påvirkning alderen har i denne konkrete saken.²⁰³

I RT 2005 s. 624 ble samvær fastsatt til seks ganger i året à seks timer, med adgang for tilsyn. Høyesterett uttalte: «Jeg har forståelse for mors ønske om mer omfattende samvær, inklusive helgesamvær. Under en viss tvil er jeg blitt stående ved at tingrettens dom bør stadfestes.» Det blir ikke presisert nærmere hvilke momenter som har gjort seg gjeldende i vurderingen, og dommeren gir ingen nærmere begrunnelse for løsningen. Jeg tolker det dit at dommeren her viser til rettsinstansers begrunnelse og legger den til grunn. Jeg mener likevel at når Høyesterett gir uttrykk for å ha vært i tvil, burde det kommet klarere frem hvilke momenter som har vært gjenstand i vurderingen, og hva som ble det avgjørende hensynet. I punkt fem i avhandlingen så jeg på de ulike momentene som er relevante når omfanget av samværsretten skal fastsettes. Det er et relevant spørsmål hvor mye vekt de ulike momentene faktisk tillegges, når vi ser at det stort sett tildeles samme mengde samvær, selv i svært ulike saker. Haugli og Havik fant i sin undersøkelse²⁰⁴ at rettens drøftelser bar preg av å ha blitt standardiserte, og at konkrete drøftelser er vanskelige og at de derfor unngås i så stor grad som mulig.²⁰⁵

Når vi nå ser at mange av avgjørelsen i samværssakene er dårlig begrunnet, vil det være naturlig å se på noen av årsakene til dette. For det første kan en av årsakene til dårlig be-

²⁰³ L.c

²⁰⁴ Se punkt 6.2

²⁰⁵ Haugli og Havik, 2010. s. 58

grunnede vedtak ligge i lovens manglende veiledning. Loven gir ingen konkrete føringer for omfanget av samværsretten, og det er opp til fylkesnemnda og domstolen og fastsette det samværet som anses som det beste for barnet. Domstolene må derfor i stor grad støtte seg til tidligere rettspraksis. Tidligere rettspraksis kan kaste lys over hvilket nivå domstolene har lagt seg på i andre saker, og gi et utgangspunkt for vurderingen.

For det andre kan årsaken ligge i at ingen saker er like, ingen barn er like og ingen foreldre er like. Vurderingen som blir gjort i én sak, vil ikke alltid ha så stor overføringsverdi når man skal sammenlikne med en annen sak. Selv om domstolene kan finne veiledning i tidligere avgjørelser, skal det foretas en konkret vurdering av de momentene som gjør seg gjeldende i denne aktuelle saken. Saker etter barnevernloven er ofte konfliktfylte, og det er et stort og sammensatt bilde som må vurderes. Når det ikke legges noen føringer fra lovgivers side kan det være vanskelig for domstolene å vite hvordan begrensningene på samværsretten skal begrunnes. Dette kan i visse tilfeller føre til at domstolene viser til de momentene som gjort seg gjeldende, men unnlater å si noe nærmere om hvilken vekt disse har i forhold til hverandre.

Avhandlingens punkt 6.1 har sett på noen av de utfordringene som er knyttet opp mot samværsbestemmelsen i § 4-19, med særlig fokus på samværets omfang. Gjennomgangen viser at begrunnelsene som gis er svært mangelfulle og det er vanskelig å se hva som har vært avgjørende for utfallet. Dagens regel er hovedsakelig skjønnbasert, hvor det legges opp til konkrete individuelle vurderinger fra fylkesnemnda og domstolens side. Spørsmålet man kan stille er om samværsreglene burde utformes som konkrete og presise regler, eller om man skal ha skjønnsbaserte regler som i større grad krever individuelle vurderinger? Avhandlingens siste punkt vil ta for seg spørsmålet om samværsrettens omfang bør lovfestes.

6.2 Rettspolitisk vurdering; bør samværsrettens omfang lovfestes?

Det er mange rettspolitiske vurderinger som er aktuelle i forhold til reglene om samvær. Oppgavens omfang gir ikke anledning til en bred drøftelse av alle. Jeg vil i det følgende begrense oppgave til å vurdere om samværsrettens omfang burde lovfestes.

Asbjørn Kjønstad har kommet med følgende forslag til lovendring av § 4-19 andre ledd:

«Barnets og dets biologiske foreldre har rett til minst ett samvær hver fjerde uke på minst fire timer, men mindre hensyn til barnets beste klart taler mot dette»²⁰⁶

En slik regel vil gi fylkesnemnda og domstolene et utgangspunkt når omfanget av samværsretten skal fastsettes. Regelen gir samtidig uttrykk for at det skal gjøres unntak fra utgangspunktet i de tilfeller hvor et slikt omfang ikke vil være til barnets beste. Anne Bergum skriver i sin artikkel, *Samværets omfang (hvor ofte og hvor lenge) - barnevernloven § 4-19*,²⁰⁷ at ulempen ved regelen vil være at domstolen kanskje faller lettere tilbake på utgangspunktet, selv i de tilfeller hvor barnet ville vært bedre tjent med samvær av mindre omfang.²⁰⁸ Bergum mener likevel at gode grunner tilsier at forslaget fra Kjønstad vil være aktuelt. I artikkelen *Bør samværsrettens omfang lovfestes?*²⁰⁹ viser Trude Haugli til at slik en lovendring bør komme som et resultat av et uløst spørsmål. Haugli viser til at ved å lovfeste omfanget av samværsretten vil det gis et utgangspunkt for samværsretten, men det vil ikke løse spørsmålet om hvordan vi finner ut hvilket omfang som er riktig for hvert enkelt barn. Forslaget gir ingen henvisninger til hvilke momenter og retningslinjer som vil være relevante i den vurderingen.

Haugli fremhever at et argument til fordel for lovfesting av omfanget, er at det vil skape forutsigbarhet. Både foreldre og barn vil ha et utgangspunkt å forholde seg til. Slik rettstilstanden er nå gir hverken loven ellers rettspraksis konkrete føringer på hvilket omfang som er «vanlig» å tildele. Videre vil en lovfesting gjøre reglene lettere å anvende for fylkes-

²⁰⁶ Kjønstad, En bok om samvær i barnevernsaker, LoR 1999, s. 368-376, på side 376. Forslaget er basert på Trude Hauglis doktorgradsavhandling.

²⁰⁷ Artikkelen bygger på Bergums spesialoppgave ved det juridiske fakultet våren 2003.

²⁰⁸ Side 127 i artikkelen.

²⁰⁹ Haugli i FAB 2004-3/4. Artikkelen er en kommentar til Anne Bergums artikkel fra 2003.

nemnd og domstol, noe som igjen vil kunne føre til raskere avgjørelser. Men det er viktig å poengtere at prosessøkonomiske hensyn ikke kan prioriteres over barnas rettsikkerhet.²¹⁰

Haugli viser til at en av innvendingene mot dagens lovgivning er at for mye er overlatt til skjønn, og at lokale normer kan bli dannet i de ulike fylkene for hva som må anses som «normalsamvær». Haugli er positiv til slike normer, så lenge retten ikke blir statisk, men at det gjøres en konkret vurdering i hver enkelt sak. Jeg støtter Haugli når hun sier at lokale variasjoner og lokale normer gjør at man fatter avgjørelser som passer innen en kulturell kontekst. Det er forskjell på et lite sted i Finnmark og på Grünerløkka. Poenget er at de normer som eventuelt blir dannet lokalt, må være fleksible, slik at det utvikles etter hvert, og at man ikke binder seg fast ved at «alle» får samme samværsomfanget tildelt.

Et annet viktig argument mot lovfesting av samværets omfang, er muligheten for å gjøre endringer i loven.²¹¹ Prosessen for å endre lover er lang. Blir det etter hvert tydelig at omfanget som er fastsatt i loven ikke fungerer, vil det ta lang tid å endre dette igjen. Ved å la det være opp til domstolene å fastsette samværets omfang ut fra en skønnsmessig vurdering i hver enkelt sak, så vil rettstilstanden kunne endres betraktelig raskere, enn ved behov for lovendring.

Haugli anfører at hovedargumentet mot lovfesting av samværets omfang, er at det tar fokus bort fra det konkrete individuelle barnets beste. Det er ikke mulig å si noe generelt om det beste alle barn vil være å ha mye eller lite samvær med foreldrene. Det er derfor det er anerkjent i både nasjonal og internasjonal praksis at det må skje en konkret vurdering i hvert tilfelle, hvor barnets beste skal være det bærende hensyn.²¹² Trude Haugli konkluderer på denne bakgrunn motsatt av Kjønstad og Bergum, og mener at samværets omfang ikke bør lovfestes.

²¹⁰ L.c

²¹¹ L.c

²¹² L.c

Gjennom avhandlingen har jeg sett at det er svært mange saker hvor begrunnelsen er mangelfull. Det er klart at dette er forhold som taler for at det kunne vært en fordel dersom omfanget av samværsretten var nærmere regulert i loven. Det ville gitt både partene, men også nemnd og domstol et utgangspunkt for vurderingen. Det vil skape forutsigbarhet og vil gi regler som er enklere å anvende.

Dersom omfanget av samværsretten blir lovfestet, vil det skape likhetstrekk med løsningen valgt i barneloven. Barneloven § 43 andre ledd sier, som barnevernloven, at samvær skal være til barnets beste. Barneloven gir i større grad enn i barnevernloven henvisning til relevante momenter i vurderingen. Samværet skal jf. Bl. § 43 andre ledd, sørge for en best mulig samlet foreldrekontakt, være tilpasset barnets alder, tilknytning og avstanden mellom foreldrene. Videre gir lovens henvisning på hva som ligger i definisjonen «vanlig samvær». Men det fremgår klart av forarbeidene til loven at legaldefinisjonen ikke er ment å være noen «normalordning», men et utgangspunkt for foreldrene når de skal fastsette samværsordningen. Definisjonen har ved flere anledninger vært til vurdering, men lovgiver har holdt fast ved ordlyden for å gi «signaleffekt (...) i saker hvor det er fare for at det avtales mindre samvær enn det som er til barnets beste».²¹³ Også etter barneloven er det essensielle at samværet skal vurderes ut fra hva som vil være barnets beste, og det skal foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Jeg kan se at et liknende utgangspunkt som barneloven § 43 oppstiller kunne ha sine forde-
ler i barnevernloven § 4-19. Barneloven gir flere henvisninger på hvilke momenter som skal med i vurderingen, men det er likevel slik at det i bunn og grunn skal ligge en barnets beste vurdering. Lovens definisjon skal ikke benyttes dersom det ikke fremgår som barnets beste. Jeg tror ikke at en lovfesting av samværets omfang vil løse utfordringen med dårlig begrunnede vedtak. Min oppfatning er at et forslag, slik som Kjønstad fremla, vil kunne bidra til at «alle» samvær settes etter denne normen, og at nemnda og domstolenes drøftelser vil bli enda kortere og mer standardisert. Det vil da foreligge et lovbestemt utgangs-

²¹³ Ot. Prp. Nr. 103 (2004-05) s 54.

punkt og faren er at det vil bli lett å falle tilbake på lovens forslag, selv der dette kanskje ikke fremstår som barnets beste.

Hensynet til barnets beste er et grunnprinsipp i norsk barnevernrett, og skal ligge til grunn for alle avgjørelser etter loven. Prinsippet tilsier at det må foretas en konkret og skjønnsmessig vurdering i hver enkelt sak, for hvert enkelt barn. Jeg er enig med Haugli som mener at lovfestingen vil fjerne fokuset fra det konkrete barnet. Ved å lovfeste samværsrettens omfang, vil det ta bort den konkrete individuelle vurderingen i hver sak. Jeg mener at det heller burde vært større fokus på at fylkesnemnda og domstolene skal begrunne de vedtak som fattes. Jeg avslutter med å sitere Haugli som viser til at den retten man i dag har til å utvise skjønn, «også innebærer en **plikt til å skjønn**, til å **vurdere individuelt** og til å **begrunne** de valg som gjøres»²¹⁴ (min utheving).

²¹⁴ Haugli i FAB 2004-3/4.

7 Litteraturliste

7.1 Bøker

Lindboe, Knut. *Barnevernrett*. 6.utg. Oslo, 2012

Sandberg, Kirsten, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt. *Barnekonvensjonen: barns rettigheter i Norge*. 2. utg. Oslo, 2012

Lindboe, Knut. *Barnevernloven*. 7.utg. Oslo, 2011

Haugli, Trude og Toril Havik. *Samvær i barnevernsaker – psykologiske og juridiske vurderinger*. Oslo, 2010

Ofstad, Kari og Randi Skar. *Barnevernloven med kommentarer*. 5. utg. Oslo, 2009

Lindboe, Knut. *Barnevernrett*. 5.utg. Oslo, 2008

Barnevern og omsorgsovertakelse. Redigert av Steinar Tjomsland. 2. utg. Oslo, 2003.

Haugli, Trude *Samværsrett i barnevernsaker*. 2 utg. 2000

7.2 Nettsider

www.lovdata.no

www.rechtsdata.no

www.regjeringen.no

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/530D64D5-4FDF-4353-940C-2D8B89175E4F/0/Court_in_brief_NOR.pdf

http://www.ssb.no/emner/02/barn_og_unge/2012/tabeller/barnevern//barnev0300.html

<http://www.ssb.no/emner/03/03/barneverng/>

7.3 Artikler

Lindboe, Knut. *Samvær etter omsorgsovertakelse*. I: BVpraxis nr. 2 2006, s. 16

Haugli, Trude. *Bør samværsrettens omfang lovfestes*. I FAB 2004-3/4. Side 232 (fra rettsdata.no)

Bergum, Anne. *Samværets omfang (hvor ofte og hvor lenge) – barnevernloven § 4-19*. I Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål. 2004-2, side 101-127 (fra rettsdata.no)

Lindboe, Knut. *Hensynet til barnets beste i barnevernsaker*. I: Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål. 2003 (fra rettsdata.no)

Elegesem, Frode. Tolkning av EMK – Menneskerettighetsdomstolens metode, Lov og rett nr. 4-5 2003.

Sandberg, Kirsten. *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003

Kjønstad, Asbjørn. *En bok om samvær i barnevernsaker*, LoR 1999, s. 368-376, på side 37

7.4 Lovgivning

7.4.1 Nasjonal lovgivning

1999	<i>Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) av 21. mai 1999 nr. 30</i>
1992	<i>Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100</i>
1981	<i>Lov om barn og foreldre (barneloven) av 08. april 1981 nr. 7</i>
1953	<i>Lov om barnevern 17. juli 1953 nr. 14</i>

7.4.2 Internasjonal lovgivning

1989	<i>FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. nov. 1989.</i>
1969	<i>Wien konvensjonen om traktatretten 23. mai 1969</i>
1950	<i>Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 4. nov. 1950</i>

7.5 Forarbeider

NOU 2012:5	<i>Bedre beskyttelse av barns utvikling</i>
Ot.prp. nr 69 (2008-09)	<i>Om lov om endringer i barnevernloven</i>
Prop. 7 L. (2009-10)	<i>Endringer i adopsjonsloven og barnevernloven</i>

Ot.prp. nr 76 (2005-2006)	<i>Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv.</i>
Ot. Prp. Nr. 103 (2004-05)	<i>Om lov om endringer i barnelova mv.</i>
Or.prp.nr 45 (2002-03)	<i>Om lov om endring i menneskerettighetsloven mv. (Innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)</i>
NOU 2000: 12	<i>Barnevernet i Norge - Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer</i>
NOU 1993: 18	<i>Lovgivning om menneskerettigheter</i>
Ot.prp. nr 44 (1991-1992)	<i>Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)</i>
Innst.O.nr. 80 (1991-92)	<i>Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven)</i>
NOU 1985: 18	<i>Lov om sosiale tjenester mv.</i>
Ot.prp. nr 56 (1952)	<i>Lov om barnevern</i>

7.6 Rettspraksis

7.6.1 Dommer fra Høyesterett

RT 1982 s. 764

RT 1984 s. 289

RT 1991 s. 688

RT 1994 s. 940

RT 1996 s. 1684

RT 1997 s. 534

RT 1998 s. 787

RT 1998 s. 1420

RT 2001 s. 14

RT 2002 s. 557

RT 2002 s. 908

RT 2003 s. 425

RT 2004 s. 811
RT 2004 s. 1046
RT 2005 s. 624
RT 2006 s. 247
RT 2006 s. 624
RT 2006 s. 1672
RT 2009 s. 1261
RT 2012 s. 1832

7.6.2 Dommer fra EMD

Olsson mot Sverige, dom 24.03.88
Andersson mot Sverige, dom 25.02.92
Rieme mot Sverige, dom 22.04.92
McMichael mot Storbritannia, dom 24.02.95
Gül mot Sveits, dom 19.02.96
Johansen mot Norge, dom 07.08.96
K og T mot Finland, dom 12.07.01